„Besonders leichte Fälle“ in Strafrecht und Strafprozeß

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

von

Reginald Volmer
Gerichtsassessor

Berlin 1928

Druck von Gebrüder Hoffmann, Charlottenburg, Schillerstraße 44.

Angenommen auf Bericht

der Professoren Dr. Graf zu Dohna und Dr. Grünhut.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur-Verzeichnis.

A. Kommentare und Abhandlungen.

1. Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, Berlin-Leipzig 1926.
2. Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Strafgesetzbuchs, 2 Bände 1910.
3. v. Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs, 1910.
4. Bumke, Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. I. 1924.
5. Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß, Berlin 1926.
6. Feisenberger, Strafprozeßordnung, Berlin-Leipzig 1926.
7. Francke, Jugendgerichtsgesetz vom 16. II. 23, 2. Auflage, Berlin-München 1926.
8. Goldschmidt, Materielles Justizrecht, 1905.
9. — Der Prozeß als Rechtslage, 1925.
10. Heimberger, Das landesherrliche Abolitionsrecht 1901.
11. Kiesow, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Auflage 1925.
12. — Jugendgerichtsgesetz v. 13. 2. 23, 1923.
13. Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung, 15. Aufl., Leipzig 1922, und 17. Aufl., Berlin-Leipzig 1927.
14. Olshausen, Kritische Bemerkungen zu den Beschlüssen der Strafrechtskommission 1913.
15. Reichsjustizamt, Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen über den Vorentwurf, 1911.
16. Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts 1919.
17. Schäfer, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1919—1927, Mannheim 1927.
18. Schäfer-Hartung, Strafrecht und Strafprozeß nach dem Stande vom 1. 9. 24, Teil II.
19. Stein-Jonas, Zivilprozeßordnung, 2. Bd., Tübingen 1926.

B. Entwürfe, Protokolle, Verhandlungen

20. Vorentwurf zum Strafgesetzbuch, 1909.
21. Gegenentwurf zum Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch, 1911.
22. Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung, Berlin 1920.
23. Amtlicher Entwurf zu einem Strafgesetzbuch, Berlin 1925.
24. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und 2 Anlagen, Berlin 1927.

25. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 1. Bd. 1. Les., 2. Bd. 2. Les. und Zusammenstellung der Beschlüsse, Berlin 1905.
26. Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung, Berlin 1908.
27. Strafprozeßentwurf von 1920 nebst Begründung, Berlin 1908.
28. Entwurf der Oesterreichischen Bundesregierung zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1927 nebst Begründung.
29. Schweizerischer Entwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918.
30. Tschechoslowakischer Vorentwurf eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen und eines Uebertretungsgesetzes, Prag 1926.
31. Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, 1. u. 2. Bd., Berlin-Leipzig 1926/27.
32. Verhandlungen des 32. und 34. Deutschen Juristentages in Bamberg bzw. Köln.

C. Zeitschriften und Gesetzessammlungen.

33. Juristische Wochenschrift.
34. Deutsche Juristenzeitung,
35. Juristische Rundschau.
36. Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
37. Das Recht.
38. Der junge Rechtsgelehrte.
39. Deutsche Richterzeitung.
40. Deutsche Strafrechtszeitung.
41. Justizministerialblatt 1924.

D. Entscheidungssammlungen.

42. Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen.
43. Höchstrichterliche Rechtsprechung.
44. Oberlandesgerichtsentscheidungen.

Anordnung

A. Einleitung: Wo findet sich das Problem der „besonders leichten Fälle" erörtert, und wo ist bereits eine gesetzliche Regelung getroffen?

B. Hauptteil: „Besonders leichte Fälle" in Strafrecht und Strafprozeß.

I. Besonders leichte Fälle und ihre Behandlung in den Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuch:

a) in dem Vorentwurf von 1909.
b) in dem Gegenentwurf von 1911.
c) in dem Entwurf der Strafrechtskommission v. 1913.
d) in dem Entwurf von 1919,
e) in dem amtlichen Entwurf von 1925;
aa) Inhalt des Vorschlags dieses Entwurfs,
bb) Kritik des Vorschlags,
f) in dem amtlichen Entwurf von 1927;
aa) Inhalt und Bedeutung der Vorschrift,
bb) Kritik unter Vergleich mit dem früheren Vorschlage

II. Besonders leichte Fälle

1. in den Vorarbeiten zu einer neuen Strafprozeßordnung:
a) in den Protokollen der Strafrechtskommission v. 1905.
b) in dem Entwurf von 1908,
c) in dem Entwurf von 1920.
2. nach der Regelung des § 153 der Strafprozeßordnung in der Fassung vom 22. 3. 1924.
a) Inhalt der Vorschrift und Vergleich mit dem der Entwürfe.
b) Rechtsnatur der Bestimmung.
c) Das Ermessen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts bei der Entscheidung über die Einstellung.
d) Das öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung.
e) Die Geringfügigkeit von Schuld und Folgen der Tat.
f) Beispiele besonders leichter Fälle aus der Praxis.

III. Gegenseitige Stellung und Wirkung des § 153 StPO. und des § 76 Entwurfs zu einem StGB. v. 1927 für den Fall des Gesetzwerdens des Entwurfs und Anregungen zu evtl. Aenderungen.

1. Die ungerechtfertigte Vermischung materiell- und verfahrensrechtlicher Bestimmungen in § 153 StPO.
2. Die Folgen des Nebeneinanderbestehens der Vorschriften über „besonders leichte Fälle" im Strafrecht und Strafprozeßrecht in der bestehenden bzw. vorgeschlagenen Form.
3. Vorschlag de lege ferenda.

IV. Streitfragen, die sich aus den Bestimmungen des § 153 StPO. ergeben.

1. Gilt die Unterlassung der Verfolgung gem. Abs. 1 auch für die Polizei und inwieweit?
2. Kann die Einstellung nach Abs. 3 noch in höherer, insbesondere auch noch in der Revisionsinstanz erfolgen?
   a) Bejahende Meinung eines Teils des Schrifttums und einer älteren Kammergerichtsentscheidung.
   b) Gegenteilige Auffassung des anderen Teils des Schrifttums und des Reichsgerichts und der neueren K. G. Entsch.
   c) Dem Reichsgericht folgende Ansicht des Verfassers unter Ablehnung insbesondere auch der Ausführungen Loenings in Jur. Rundschau 1925 Nr. 6.
3. Ist § 153 Abs. 3 StPO. auch anwendbar, wenn
   a) wegen des Verbrechens in Tateinheit mit einem Vergehen Klage erhoben ist und wegen des Verbrechens in der Hauptverhandlung Freisprechung erfolgen muß?
   b) wegen Verbrechens angeklagt ist, in der Hauptverhandlung sich die Tat aber als Vergehen darstellt?
4. Muß ein Nebenkläger der Einstellung nach § 153 zustimmen oder kann diese auch ohne und gegen seinen Willen erfolgen?
5. Gilt § 153 auch für Privatklagesachen?
6. Kann nach der Einstellung gem. § 153 noch seitens des Verletzten mit der Privatklage gegen den Täter vorgegangen werden?
7. Kann die Klage wiederaufgenommen werden?
8. Hat der Staatsanwalt gegen die Ablehnung der Zustimmung des Richters zur Einstellung nach Abs. 2 die Beschwerde?
9. Hat der Täter gegen die Einstellung nach Abs. 1 oder Abs. 2 die Beschwerde?
10. Hat der Verletzte die Beschwerde gegen die Zustimmungserklärung des Richters und gegen die Einstellung nach Abs. 1 und 2?
11. Gilt § 153 auch für das Militärstrafrecht und für das Jugendstrafrecht?
    a) für das Militärstrafrecht nicht, da § 153 durch § 436 StPO. dafür außer Anwendung gesetzt ist,
    b) für das Jugendstrafrecht ebenfalls nicht, da die Regelung des § 32 J. G. G. dem § 153 vorgeht.
12. Wer trägt die Kosten des Verfahrens bei Einstellung nach Abs. 1, 2 und 3?

V. Vergleich der deutschen Bestimmungen über „besonders leichte Fälle" mit denen fremder Rechte,

1. des schweizerischen Entwurfs von 1918,
2. des tschechoslowakischen Vorentwurfs von 1926.

C. Schlußwort.

A. Der Ausdruck „besonders leichte Fälle“ ist im Sprachgebrauch der Strafprozeß- und Strafrechtswissenschaft nicht neu. Zwar war er in dem bis zur Novelle vom 4. I. 24 geltenden Strafprozeßrecht nicht zu finden und ist auch in dem zur Zeit noch geltenden allgemeinen Strafrecht nicht vorhanden, jedoch beschäftigten sich bereits sämtliche Entwürfe zu einer neuen Strafprozeßordnung vom Jahre 1903 ab mit den „besonders leichten Fällen“, und ebenso ist seit dem Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1909 die Frage der „besonders leichten Fälle“ auch im Strafrecht nicht mehr zur Ruhe gekommen. Das Bedürfnis, gewisse ausnahmsweise mild gelagerte Fälle, deren Bestrafung nach dem bestehenden Recht untunlich und unbillig erschien, besonders gering oder überhaupt nicht zu estrafen und von vornherein auch gar nicht zu verfolgen, machte sich bei Anwendung der darauf nicht eingestellten Strafgesetze mehr und mehr bemerkbar, und es setzten dementsprechend Reformbestrebungen in dieser Richtung ein.

Zu einer gesetzlichen Sonderbehandlung solcher geringeren Straftaten für das geltende Recht ist es zum ersten Male durch das Jugendgerichtsgesetz vom 16. 2. 23 gekommen, das für diese Fälle in § 9 Abs. 4 eine materielle und in § 32 Abs. 2 eine formelle Anordnung traf, und dann weiterhin insbesondere durch die Verordnung vom 4. 1. 24, die eine Regelung der fraglichen Materie in das Verfahrensrecht brachte. Die Vorschrift des § 23 dieser Verordnung ist später in gleichem Wortlaut als § 153 in die Neufassung der Strafprozeßordnung vom 22. 3. 24 aufgenommen worden. Eine entsprechende materiellrechtliche Bestimmung wurde in das geltende Strafgesetzbuch bisher nicht eingefügt, da dieses ja einer vollständigen Erneuerung entgegengeht. Der amtliche Entwurf von 1927 schlägt jedoch für das Strafrecht in § 76 eine endgültige Lösung für die Behandlung „besonders leichter Fälle“ vor.

B. I. Die Bearbeitung des Problems nach seiner materillrechtlichen Seite erschien von vornherein auf zwei Arten möglich: Einmal konnte im Besonderen Teil bei den einzelnen Tatbeständen, bei denen es tunlich erschien, gesagt werden, daß in besonders leichten Fällen eine Strafmilderung zulässig sei. Dabei mußte im Allgemeinen Teil angegeben werden, was unter einem „besonders leichten Fall" zu verstehen sei. Oder es unterblieb die kasuistische Aufzählung von Tatbeständen, die der Strafmilderung zugänglich gemacht werden sollten, und es wurde im Allgemeinen Teil ganz generell bestimmt, daß in besonders leichten Fällen eine Abweichung von der gesetzlichen Mindeststrafe erlaubt sei, unter gleichzeitiger Erläuterung des Begriffs „besonders leichter Fall". Die zweite Lösung gibt dem Richter eine noch größere Freiheit als die erste und erweitert den Kreis der Anwendungsmöglichkeit der Vorschrift. Es war fernerhin möglich, die Milderung bei allen Straftaten oder nur bei Uebertretungen oder bei Uebertretungen und Vergehen zuzulassen. Schließlich blieb noch zu erwägen, ob die Milderung auch so weit gehen konnte, daß von Strafe ganz abzusehen war, wobei wieder Unterschiede bei den verschiedenen Straftaten möglich waren.

Der Entwurf zu einem Strafgesetzbuch von 1909 (Vorentwurf) erteilte in § 83 dem Richter eine allgemeine, nicht auf bestimmte Tatbestände beschränkte Befugnis, in besonders leichten Fällen die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern. Gleichzeitig definierte er diese Fälle (§ 83 Abs. 2): „Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so daß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde." Dieser Vorschlag enthielt sich also einer kasuistischen Aufzählung derjenigen Delikte, bei denen im Einzelnen eine Strafmilderung bei außerordentlich mild liegenden Fällen stattfinden durfte, ging also den zweiten Weg. § 83 machte keinen Unterschied zwischen der Art der Straftaten. Die gegebene Definition eines besonders leichten Falles konnte ausnahmsweise auch auf einen Verbrechenstatbestand zutreffen; dann wäre die Vorschrift ebenfalls anwendbar gewesen. Die Begründung des Entwurfs hielt diese Möglichkeit für einen Vor-

zug, da auch bei Verbrechen, z. B. bei schwerer Urkundenfälschung, erfahrungsgemäß sich Fälle ereigneten, für die die vom Gesetzgeber angedrohte hohe Strafe nicht berechnet wäre, wenn auch die Voraussetzungen eines besonders leichten Falles bei Verbrechen nur in sehr seltenen Fällen vorhanden sein würden.

Die Erfordernisse eines besonders leichten Falles waren teils subjektive, teils objektive: Subjektive: geringer und entschuldbarer strafbarer Wille des Täters, objektive: unbedeutende Folgen der Tat. Hinzu trat, daß selbst die ordentliche Mindeststrafe des Gesetzes als unbillige Härte erscheinen mußte. Die Strafmilderung bestand in der Bestimmung der Strafe nach freiem Ermessen des Richters, also ohne Beschränkung nach Strafart oder -maß.

Der Vorentwurf gab aber für gewisse besonders leichte Fälle dem Richter noch eine weitergehende Befugnis, nämlich die, von Strafe überhaupt abzusehen. Wann dies geschehen konnte, war jedoch nicht allgemein, sondern in nicht sehr zahlreichen Fällen an den betreffenden Gesetzesstellen im Besonderen Teil bestimmt. Nur für Uebertretungen war das Absehen von Strafe allgemein zugelassen, „da sie schon dem Begriffe nach Handlungen von geringer strafbarer Bedeutung seien und erfahrungsgemäß auch von sonst gesetzmäßig lebenden Menschen aus Unkenntnis oder mild zu beurteilender Fahrlässigkeit begangen werden könnten". (Begründung zu § 83).

Der Gegenentwurf von 1911 schloß sich im Wesentlichen der Fassung des Vorentwurfs an (§ 88 u. § 353). Er strich nur das Wort „rechtswidrig" vor „Folgen" als in der Sache selbstverständlich und in der Form bedenklich. (Begründung S. 117). Die Unterstellung der Fälle unter das freie richterliche Ermessen übernahm der Gegenentwurf ebenfalls, hob jedoch hervor, daß der Richter „an Stelle der angedrohten Strafart auf eine mildere, insbesondere auch auf Verweis (§ 67) erkennen könne". Für Uebertretungen schrieb § 353 ebenso wie der Vorentwurf vor, daß in besonders leichten Fällen von Strafe abgesehen werden könne. Der Gegenentwurf hatte in § 87 im Gegensatz zu dem Vorentwurf „mildernde Umstände" allgemein bei allen Straftaten zugelassen, so daß also nunmehr nebeneinander standen: einmal das an feste Schranken gebundene rich-

terliche Milderungsrecht bei Vorhandensein mildernder Umstände, andererseits aber das unbegrenzte richterliche Milderungsrecht beim Vorliegen besonders leichter Fälle. Beide Befugnisse hatten ihre besonderen Voraussetzungen, ihren besonderen Inhalt und daher ihre besondere Existenzberechtigung.

Der Entwurf der Strafrechtkommission von 1913 machte sich die Gedanken beider Entwürfe zu eigen, indem er in § 16 vorschrieb: „Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn der verbrecherische Wille des Täters gering und nach den Umständen entschuldbar ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, so daß auch die mildeste vom Gesetz angedrohte Strafe eine unbillige Härte enthalten würde. In besonders leichten Fällen kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder, wo es zugelassen ist, von Strafe abzusehen." — Dieser Text versuchte also ohne Aenderung im übrigen noch deutlicher zu machen, daß der Fall so gelagert sein müsse, daß auch bei Anwendung des bei mildernden Umständen gegebenen Strafrahmens die zu verhängende Strafe zu hoch erschiene. Die Milderung sollte, ebenso wie im Vorentwurf, unter Vermeidung einer kasuistischen Bezeichnung einzelner, dieser Milderung zugänglicher Delikte, bei allen Deliktsarten stattfinden können, bei denen die Voraussetzungen gegeben waren.

Die darüber hinausgehende Befugnis, in besonders leichten Fällen ganz von Strafe abzusehen, blieb nur insoweit erteilt, als dies in besonderen Vorschriften zugelassen wurde. Vorschriften dieser Art gab es in größerer Zahl im Besonderen Teil, z. B. § 207 Zuwiderhandlung gegen ein Aufenthaltsverbot, § 230 uneidliche falsche Aussage, § 312 Hausfriedensbruch, § 343 Beleidigung, § 353 Verletzung des Briefgeheimnisses, § 362 Zueignung von Muniton, § 373 arglistige Benachteiligung, § 375 Abhalten vom Bieten u. a. — Bei Uebertretungen konnte das Gericht auch nach diesem Entwurf in besonders leichten Fällen stets von Strafe absehen.

Mit geringen Abweichungen hat der Entwurf von 1919 den Vorschlag seines Vorgängers beibehalten. Besondere Vorschriften darüber, wo überhaupt von Strafe abgesehen werden konnte, enthielt sowohl der Allgemeine als auch der Besondere Teil (§ 110 Irrtum, § 111 verminderte Zurechnungsfähigkeit, § 134

Jugendlichkeit, § 224 falsche uneidliche Aussage, § 274 Trunkenheit, § 292 Körperverletzung, § 310 Hausfriedensbruch, § 343 Beleidigung, § 354 Verletzung des Brietgeheimnisses, § 357 Sachbeschädigung, § 366 Entwendung, § 379 Notbetrug, § 381 arglistige Benachteiligung usw.). § 414 gab die allgemeine Ermächtigung für Uebertretungen.

Zu bemerken ist dabei, daß der Entwurf dem Gericht in besonderen Vorschriften unter gewissen im Gesetz bezeichneten Umständen eine Milderung oder das Absehen von Strafe gestattete, z. B. § 21 Notwehr, § 22 Notstand, § 24 untauglicher licher Versuch, § 226 unterlassene Anzeige, § 235 Strafvereitelung, § 279 Betteln, § 339 Ehebruch. Hier war aber die Ermächtigung des Gerichts von dem Vorliegen eines besonders leichten Falles unabhängig, und diese Bestimmungen gehören nicht in diesen Zusammenhang.

Der amtliche Entwurf von 1925, der auf den Erfahrungen der früheren Entwürfe aufbaute, faßte seinen Vorschlag in § 75, der im Allgemeinen Teil dem Abschnitt „Strafbemessung" untergeordnet war, folgendermaßen: „In besonders leichten Fällen mildert das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen. Wo es zugelassen ist, kann das Gericht von Strafe absehen. – Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn trotz Zubilligung mildernder Umstände die mildeste zulässige Strafe noch unbillig hart sein würde."

Dieser Entwurf bestimmte also, wie sofort auffällt, den Begriff des „besonders leichten Falles" anders als seine Vorgänger, die dem Erfordernis, daß auch die unter Zubilligung mildernder Umstände niedrigste Strafe als zu hart erschiene, die beiden weiteren subjektiven und objektiven Voraussetzungen der geringen Schuld und der unbedeutenden Folgen hinzugefügt hatten.

Diese abweichende Regelung des Entwurfs war nur dann zu verstehen, wenn man sie gemeinsam mit der Methode betrachtete, nach welcher er die Einrichtung der „mildernden Umstände" neu ausgestaltete. Während das geltende Strafrecht mildernde Umstände nur bei einzelnen bestimmten Delikten zuläßt, ging der Entwurf in der Auffassung, daß mildernde Umstände bei jedem Delikt in Frage kommen könnten, den Weg, die Möglichkeit der Annahme mildernder Umstände und die Wirkungen dieser Annahme mit § 73 einheitlich zu regeln und

damit aus dem Besonderen Teil die Vorschriften über die Zulassung und Wirkung mildernder Umstände verschwinden zu lassen. Mildernde Umstände sollten dann vorliegen, wenn „die Tat hauptsächlich auf Ursachen zurückzuführen war, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichten" (§ 73). Die Begründung zu § 73 erklärte diese Fassung dahin, daß der Richter abzuwägen habe, welchen Anteil der Charakter des Täters und welche Anteile äußere Einflüsse auf die Tat hätten. „Nur wenn solche äußere, nicht aus der Gesinnung und Willensneigung des Täters selbst fließende Antriebe, wie etwa unverschuldete drückende Notlage, Verführung durch andere, schwere Kränkung des Täters oder einer ihm nahestehenden Person, Trübung des Bewußtseins durch starkes Fieber usw. den Anteil des Charakters so beträchtlich überwiegen, daß man sagen kann, die Tat sei „hauptsächlich" auf Ursachen zurückzuführen, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen, und daß man annehmen kann, die Tat wäre nicht etwa bloß bei diesem Anlaß, sondern überhaupt unterblieben, wenn der Anreiz nicht übermächtig oder die normale sittliche Widerstandskraft des Täters nicht durch eine krankhafte Störung geschwächt gewesen wäre, nur dann darf der Richter mildernde Umstände annehmen." Die äußeren Antriebe müssen von ungewöhnlicher Heftigkeit, sie müssen der entscheidende Faktor gewesen sein.

Der Entwurf wollte nun mit dieser allgemeinen Zulassung mildernder Umstände gleichzeitig eine klarere Abgrenzung des Gebietes der besonders leichten Fälle erzielen. Erst da sollte nunmehr ein besonders leichter Fall in Frage kommen können, wo selbst die bei Annahme mildernder Umstände zu verhängende gesetzliche Mindeststrafe eine unbillige Härte bedeuten würde. Der Entwurf glaubte damit auch die Gefahr zu beseitigen, daß sich der Richter zur Annahme eines besonders leichten Falles dort verlockt fühlte, wo das Gesetz keine mildernden Umstände zulasse, und daß dadurch die Anwendung der Bestimmungen über besonders leichte Fälle weiter ausgedehnt würde, als es dem Willen des Gesetzes entspräche.

Nach dem Entwurf 1925 war also für das Vorliegen eines besonders leichten Falles zunächst zu prüfen, ob mildernde Umstände im Sinne des § 73 vorlagen, ob also der Täter unter

der Uebermacht äußerer Einflüsse oben erwähnter Art gehandelt hatte. War dies festgestellt, war die weitere Billigkeitserwägung bezüglich der Mindeststrafe anzustellen.

Diese Regelung enthielt doch eine erhebliche Abweichung und Aenderung gegenüber den Vorentwürfen. Denn die Voraussetzungen der Annahme mildernder Umstände deckten sich keineswegs mit den Erfordernissen: geringe Schuld und unbedeutende Folgen. Vielmehr bedeutete diese Fassung des Entwurfs teils eine Einschränkung, teils eine Erweiterung der Anwendbarkeit der Einrichtung der „besonders leichten Fälle".

Uebrigens ließ der Entwurf das gänzliche Absehen von Strafe in bestimmten, bei den betreffenden Paragraphen ausdrücklich hervoreghobenen Fällen zu (z. B. in § 175 falsche uneidliche Aussage, § 233, 243 Körperverletzung, § 237 Mißhandlung, § 251 Hausfriedensbruch, § 285 üble Nachrede, § 288 Beleidigung, § 294 Sachbeschädigung, § 302 Haus- und Familiendiebstahl, § 303 Entwendung, § 312 Notbetrug, § 315 Betrug und Untreue gegen Angehörige u. a. m.). Außerdem sollte das Absehen von Strafe bei allen Uebertretungen gestattet sein (§ 351).

Der Entwurf von 1925 hat eine ausgiebige Kritik in der Juristenwelt erfahren. Die Internationale kriminalistische Vereinigung nahm 1926 mit einem Vortrag des Prof. Dr. Graf zu Dohna über das Thema: „Das richterliche Ermessen nach dem Strafgesetzentwurf 1925" Stellung zu der Lösung des Entwurfs, ferner konnte sich der Deutsche Juristentag wiederholt damit beschäftigen. Ueberhaupt spielte gerade die Frage der Strafzumessung in den Erörterungen über den Entwurf eine Hauptrolle. Ein besonders Streben ging nebenher, wie schon bei den früheren Beratungen, besonders dahin, eine Angleichung der Bestimmungen an diejenigen des oesterreichischen Entwurfs zustande zu bringen.

Die gegen die Fassung der Regierungsvorlage von 1925 geltend gemachten Bedenken betrafen hauptsächlich die Möglichkeit, in besonders leichten Fällen die gewöhnliche Strafe in einem außerordentlichen Maße zu mildern. Es wurde dagegen der alte Einwand erhoben, die dem Richter gegebene Ermessensfreiheit überspanne das zulässige Maß, ferner schwäche die Vorschrift die Strafdrohungen allzusehr ab und nehme weiterhin

auf den Verletzten nicht die gebührende Rücksicht, besonders insofern als sie die Folgen der Tat gänzlich unbeachtet lasse. Prof. Dr. Graf zu Dohna führte in einem auf der I. K. V. gehaltenen Referat aus, daß angesichts der für die mildernden Umstände getroffenen Regelung das durch § 75 eingeräumte weitere Milderungsrecht die gebotene Grenze weit überschreite, indem nach § 7 bei allen primär mit zeitig begrenzter Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen das herabgesetzte Minimum 3 Monate Gefängnis, bei allen Vergehen 3 RM. Geldstrafe betrage, während § 75 dem Richter eine Milderungsbefugnis auch da einräume, wo das Minimum der 1. Milderungsstufe eine nochmalige Reduktion und wo die abstrakte Schwere der Tat eine weitere Strafmilderung gar nicht zulasse, und indem § 75 außerdem noch das Recht gebe, unter Umständen von aller Strafe abzusehen. Prof. Graf zu Dohna vertrat die Ansicht, daß die Anerkennung besonders leichter Fälle bei Vergehen angesichts des § 72 Abs. 2 ohne jeden Sinn sei, da eine auf 3 RM. lautende Strafdrohung einer weiteren Reduktion nicht zugänglich sei; für Verbrechen liege auch kein überragendes Bedürfnis für eine außerordentliche Milderung vor, zumal der Entwurf durch seine Behandlung des Rückfalls und das System der besonders schweren Fälle dem Richter bei den hauptsächlich in Betracht kommenden Tatbeständen des durch die Art der Begehung oder Rückfälligkeit des Täters ausgezeichneten Diebstahls oder Betruges und der gewinnsüchtigen Fälschung öffentlicher Urkunden überall die Möglichkeit belasse, den Grundstrafrahmen anzuwenden, der ein Herabgehen bis auf eine Woche Gefängnis gestatte, jedoch seien immerhin Fälle denkbar, wo die Unmöglichkeit, unter die Minimalgrenze von 3 Monaten zu gehen, als lästige Fessel empfunden würde, z. B. bei Einbruchsdiebstahl § 298 und bei gewissen Sittlichkeitsverbrechen. Weiterhin aber erklärte Prof. Graf zu Dohna den § 75 überhaupt nur dann für brauchbar, wenn der Umkreis der besonders leichten Fälle an begrifflichen Merkmalen kenntlich gemacht werde, wie es die früheren Entwürfe vorgeschlagen hätten, anstatt es auf den rein gefühlsmäßigen Umstand abzustellen, daß die sonst zulässige Mindeststrafe noch als unbillig hart empfunden werden würde. Denn so sei, wie Finger zutreffend sage, die distinctio poenarum ex delicto vertauscht mit einer distinctio delictorum ex poena.

Graf zu Dohna schlug daher folgende Fassung des § 75 vor: „Ob und wie sich in besonders leichten Fällen Art oder Maß der ordentlichen Strafe ändert, bestimmt das Gesetz besonders; ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Folgen der Tat unbedeutend sind und der Täter unter dem entscheidenden Einfluß von Umständen gehandelt hat, die ihm nicht zum Vorwurf gereichen". – Das Absehen von aller Strafe hielt er dagegen überhaupt für unangebracht indem er der Ansicht war, daß es ein Danaergeschenk für den Richter sei, wenn es ihm anheimgestellt sei, nicht nur wie hoch er die Strafe, sondern auch, ob er überhaupt eine Strafe festsetzen solle. Dafür verneinte er ein Bedürfnis jedenfalls dann, wenn ohnehin bei allen Tatbeständen bis auf 3 RM. heruntergegangen werden dürfe. Denn eine so minimale Strafe sei kein Uebel, das sich neben dem in der Verurteilung liegenden Ehrenmakel dem Empfinden einprägen könnte. Zudem gäbe es ja den bedingten Straferlaß auch bei Geldstrafen gemäß § 35 E und schließlich das Unterlassen der Strafverfolgung gemäß § 153 StPO.

Prof. Dr. Graf von Gleispach (Reform des Strafrechts S. 192 ff, Strafbemessung) war ebenfalls gegen die Beibehaltung der Möglichkeit des gänzlichen Absehens von Strafe, jedenfalls bezüglich der Verbrechen und Vergehen. Weiterhin hielt er eine Begrenzung der Milderungsfreiheit für erforderlich, die er vorschlug in der Weise vorzunehmen, daß bei den besonders leichten Fällen die Milderung nach freiem Ermessen schlechthin auf Vergehen beschränkt und bei den Verbrechen zwei tief angesetzte Mindestmaße – etwa Gefängnis nicht unter 6 Monaten, wenn Tod oder lebenslängliches Zuchthaus angedroht sei, Gefängnis schlechthin bei den übrigen Verbrechen – eingeführt würden. Sodann erklärte er auch die Fassung des § 75 für einen Verstoß gegen die Logik, da, um eine Bemessungsregel zu geben, nicht ein Merkmal des besonders leichten Falles, sondern seine Wirkung auf die Bemessung angeführt werde. Der leitende Gedanke sei herauszuheben und möglichst scharf zu fassen, etwa so: „Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Tat unter dem entscheidenden Einfluß von Umständen zustande gekommen ist, die nahezu einen Strafausschließungsgrund ergeben".

Im § 76 des Entwurfs von 1927 ist nun unter Berücksichtigung der vorgebrachten Bedenken eine von dem Entwurf 1925 erheblich abweichende Lösung vorgeschlagen worden. § 76 lautet: „Wann das Gericht in besonders leichten Fällen von Strafe absehen kann, bestimmt das Gesetz besonders. Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die Schuld des Täters so gering und die Folgen der Tat so unbedeutend sind, daß kein Bedürfnis für eine Bestrafung besteht". – Diese Fassung ist wörtlich die des § 76 des oesterreichischen Entwurfs von 1927. Sie bringt in zweierlei Hinsicht etwas Anderes. Erstens läßt sie das außerordentliche Milderungsrecht bei besonders leichten Fällen überhaupt fallen und läßt nur die Möglichkeit bestehen, von Strafe ganz abzusehen, zweitens enthält sie wieder, im Vergleich zum Entwurf 1925, eine schärfere Bestimmung des Begriffs der „besonders leichten Fälle".

Der Entwurf hat sich also zunächst den Einwendungen nicht versagt, die eine weitere Milderungsmöglichkeit außerhalb der §§ 73 und 74 nicht für notwendig und angebracht hielten. In der Begründung ist angeführt, daß bei Vergehen beim Vorliegen besonderer Milderungsgründe oder mildernder Umstände an sich schon die Möglichkeit bestehe, die Strafe bis auf einen geringen Geldbetrag herabzumindern, während es bei Verbrechen unangebracht sei, dem Richter außer dem weiten Rahmen, innerhalb dessen er die Strafe mildern könne, auch noch die Befugnis zur Verhängung einer an sich nur für geringfügige Vergehen bestimmten Strafe von wenigen Wochen Gefängnis oder gar von Geldstrafe zu gewähren. Es würden auch die Strafdrohungen durch Zulassung einer weiteren besonderen Milderung zu sehr abgeschwächt, und schließlich könnten die Fälle, in denen die Strafmilderung des § 74 nicht ausreiche, dem Gnadenrecht überlassen bleiben.

Indem der Entwurf den leitenden Gedanken im Allgemeinen Teil herausstellt, sind nun kasuistisch einzelne Tatbestände im Besonderen Teil mit der Anwendungsbefugnis des § 76 bekleidet. Sie ist aber, abgesehen von den Fällen des untauglichen Versuchs, nur bei wenigen geringfügigen Vergehen (§§ 219 Wiederverwenden von Wertzeichen, 259 Körperverletzung, 268 fahrlässige Körperverletzung, 277 Hausfriedensbruch, 281 eigenmäch-

tige Heilbehandlung, 317 üble Nachrede, 320 Beleidigung, 324 Verletzung des Briefgeheimnisses, 326 Sachbeschädigung, 335 Haus- und Familiendiebstahl, 336 Entwendung, 337 dauernde Entziehung von Sachen, 345 Notbetrug, 347 Erschleichung freien Zutritts, 349 Betrug und Untreue gegen Angehörige, 371 AusschZicken zum Betteln; Versuch bei § 253 Abtreibung) und außerdem bei Uebertretungen (§ 383) gewährt worden.

Was die Begriffsbestimmung des besonders leichten Falles angeht, so hat sich diese wiederum aus den früheren Entwürfen die Merkmale der Unerheblichkeit sowohl der Schuld des Täters als auch der Folgen der Tat zu eigen gemacht. Jedoch ist der Maßstab für die Geringfügigkeit der Schuld bezw. die Unbedeutendheit der Tatfolgen durch eine schärfere Regel festgelegt, die in den vorhergehenden Entwürfen in dieser Art fehlt. Der Richter hatte dort nur eine sehr dehnbare Handhabe dafür, wann er eine Geringfügigkeit von Schuld und Folgen anzunehmen habe, da ihm keine Bemessungsregel gegeben war. Eine gewisse Richtung ist in § 153 StPO. gewiesen, wo dadurch, daß nur dann von der Anklage abgesehen werden darf, wenn ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung nicht besteht, doch gleichzeitig mittelbar eine gewisse Regel für die Bemessung gegeben ist. Allerdings ist zu bemerken, daß auch der Ausdruck „daß kein Bedürfnis für eine Bestrafung besteht", dem Ermessen noch einen weiten Spielraum läßt. Denn auch hier bleibt es dem Richter im einzelnen Falle überlassen zu beurteilen, ob ein solches Bedürfnis vorliegt oder nicht. Aber erstens ist ein gewisses freies Ermessen unumgänglich und wünschenswert und zweitens kann den Richtern zugemutet und zugetraut werden, daß sie diese ihnen belassene Ermessensfreiheit in der dem Sinne und Zwecke der Bestimmung entsprechenden Weise anwenden, zumal sich allmählich auch eine gewisse feststehende Handhabung in der Praxis der Gerichte herausbilden wird.

Das Vorliegen eines „Bedürfnisses" nach § 76 E wird zu verneinen sein, wenn eine Bestrafung unbillig oder nicht zweckentsprechend sein würde.

Was die Zweckmäßigkeit und praktische Brauchbarkeit der neuen Fassung anbetrifft, so erscheint diese tatsächlich der frü-

heren vorzuziehen. Schon daß die Verquickung des Begriffs des besonders leichten Falls mit dem der mildernden Umstände beseitigt ist, ist als Plus zu buchen, in Anbetracht dessen, daß die heutige Form dem Richter einerseits eine freiere Berücksichtigung aller Umstände gestattet, andererseits ihm eine klarere und bestimmtere Richtlinie vorschreibt. Auch daß die Folgen der Tat wiederum eine Rolle bei der Beurteilung spielen sollen, ist zu begrüßen. Wie schon früher ausgeführt, würde eine gegenteilige Regelung auf die Interessen des Geschädigten wie der Allgemeinheit zu wenig Rücksicht nehmen.

Daß die Annahme eines besonders leichten Falles nur bei gewissen Vergehen und Uebertretungen Anwendung finden kann, ist m. E. ebenfalls ein Vorteil. Der nach allgemeiner Zulassung mildernder Umstände auch bei Verbrechen gegebene niederste Strafrahmen wird auch für besonders mild gelagerte Fälle in der Regel ausreichen, ausnahmsweise hätte das Gnadenrecht besondere Härten auszugleichen. Es wäre schon aus dem Gesichtspunkt der Präventivwirkung verfehlt, dem Täter noch mehr Ausblicke auf geringe Strafe zu eröffnen, als sie der neue Entwurf schon gibt. Wenn der neue § 76 im Gegensatz zu § 75 E 1925 die Strafmilderung überhaupt fallen und nur noch das Absehen von Strafe bestehen läßt, so ist ihm darin, abgesehen von den bereits erwähnten Gründen, schon deshalb beizutreten, weil das Gericht bei allen Vergehen schon wegen mildernder Umstände allein auf das gesetzliche Mindestmaß der Gefängnis- oder Geldstrafe erkennen könnte, und daher die Annahme eines besonders leichten Falles tatsächlich nur bei solchen Vergehen praktische Bedeutung hätte, bei denen nach den Vorschriften des Besonderen Teils in besonders leichten Fällen ganz von Strafe abgesehen werden könnte.

II. Ist im materiellen Strafrecht die Lösung der Frage noch in der Schwebe, so hat sie, wie schon erwähnt, im Strafverfahren bereits eine Regelung gefunden. Die in § 153 StPO. niedergelegte Vorschrift hat ihre heutige Gestaltung erst nach mancherlei Wandlungen erhalten und ist offensichtlich von den Entwürfen zu einem Strafgesetzbuch bestimmend beeinflußt worden.

Im Strafprozeß mußte es sich bei der Behandlung des Problems naturgemäß darum handeln, wie beim Vorliegen eines

besonders leichten Falles von der Anklagebehörde und vom Gericht verfahren werden sollte. Dabei war es klar, daß diese Fälle insofern eine ausnahmsweise Behandlung erfahren mußten, als nach dem Grundsatz „minima non curat praetor" die Möglichkeit zu schaffen war, daß solche Fälle überhaupt nicht bis vor den Richter kamen, daß sie also gar nicht erst unter Anklage gestellt wurden. Der Weg hierzu ging durch das Gebiet des Legalitätsprinzips, nach dem jede Straftat unter Anklage zu stellen war.

Die 1903/1905 tagende Strafrechtskommission vertrat den Standpunkt, daß das Legalitätsprinzip nicht beseitigt werden dürfe, jedoch zu Gunsten des Opportunitätsprinzips eingeschränkt werden müsse, um zahllose Strafverfolgungen ohne öffentliches Interesse, bei denen wegen der Geringfügigkeit der Tat oder nach besonderer Lage der Sache die Verfolgung überflüssig oder geradezu als Ungerechtigkeit erscheine, zu vermeiden. Eine allgemeine Beseitigung des Legalitätsprinzips lehnte die Kommission strikte ab, da es unmöglich sei, die Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Anklage regelmäßig dem Ermessen der Staatsanwaltschaft zu überlassen, die ja als von den Weisungen ihrer Vorgesetzten abhängige Behörde organisiert sei. Jedoch folge aus der Strafbarkeit der Handlung noch nicht die Pflicht des Staates, die Handlung unter allen Umständen zu verfolgen. Diese Pflicht gehe vielmehr nur soweit, als ein öffentliches Interesse an der Verfolgung vorliege. Es sei unbedenklich, die Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Unterlassung der öffentlichen Klage wegen mangelnden öffentlichen Interesses weiter auszudehnen.

Die Kommission stellte es also allein auf das öffentliche Interesse ab, nicht aber auf die Geringfügigkeit der Tat; vielmehr wurde der Vorschlag, nicht wegen Mangels des öffentlichen Interesses, sodern wegen Geringfügigkeit einer Sache von der Verfolgung abzusehen, abgelehnt mit der Begründung, Geringfügigkeit sei etwas Unbestimmtes und der Staat habe unter Umständen auch an der Verfolgung einer geringfügigen Tat Interesse, der Begriff des öffentlichen Interesses sei dagegen schon bei Anwendung des § 416 StPO. genügend ausgebildet und abgegrenzt, um auch bei einer weiteren Einschränkung des

Legalitätsprinzips — als es durch die Antragsdelikte geschehen ist — verwendet werden zu können (Protokolle 1. Bd. 1. Lesung S. 153 ff.).

Die Kommission nahm dann den Antrag an, in einem Zusatz zu § 152 Abs. 2 StPO. vorzuschreiben, daß das Einschreiten der Staatsanwaltschaft bei Mangel eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung des einzelnen Falles unterbleiben könne, wenn es sich nur um eine Uebertretung handle.

Als Erfordernisse der Anwendung des Opportunitätsprinzips ergaben sich also: das Vorliegen einer Uebertretung und Mangel eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung.

Der Entwurf einer Strafprozeßordnung von 1908 ging weiter. Er sagte in § 154: „In Sachen, die vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, kann die Staatsanwaltschaft von jedem Einschreiten absehen, wenn die Verfolgung des Verdächtigen durch das öffentliche Interesse nicht geboten erscheint. — Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen". Dieser Entwurf stellte es also ebenfalls auf das öffentliche Interesse ab, dehnte jedoch die Möglichkeit des Absehens von der Klageerhebung aus auf Vergehen, die vor dem Einzelrichter verhandelt werden konnten. — Weiterhin regelte die Vorschrift den Fall, daß bereits Klage erhoben sei, die Tat jedoch dann im Eröffnungsverfahren oder in der Hauptverhandlung, sei es vom Gericht oder auch vom Staatsanwalt als geringfügig beurteilt würde. Für diesen Fall wurde die Möglichkeit gegeben, das Verfahren durch Einstellung, die durch Beschluß zu erfolgen hatte, zu beendigen, ein Urteil also zu vermeiden. Das Gericht k o n n t e einstellen, war dabei aber von einem entsprechenden Antrag des Staatsanwalts abhängig. Die Begründung führte aus, daß es erforderlich sei, die Behörden und Gerichte von Sachen zu entlasten, deren Verfolgung überflüssig oder gar unbillig erscheine.

Der Strafprozeßentwurf von 1920 schlug schließlich folgende Fassung vor: „Wegen einer Uebertretung wird keine öffentliche Anklage erhoben, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Ist gleichwohl die öffentliche Klage erhoben, so stellt das Gericht das Verfahren ein;

gegen den Beschluß steht der Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde zu. Ist der Beschluß nicht mehr anfechtbar, so benachrichtigt das Gericht den Anzeigenden" (§ 177). Dieser Vorschlag zeigte mehrere erhebliche Abweichungen von den bisherigen: Zunächst beschränkte er die Anwendungsmöglichkeit der Bestimmung wieder auf Uebertretungen. Nur hier sollte der Grundsatz „minima non curat praetor" gelten. Sodann aber brachte er die Neuerung, als Erfordernis der Nichterhebung der Klage nicht das öffentliche Interesse, sondern einmal die Geringfügigkeit der Schuld des Täters und außerdem die Bedeutungslosigkeit der Tatfolgen aufzustellen. Mit dieser Neuerung stellte er sich mit den Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuch von 1909—1919 in eine Linie. Identisch sind die frühere Voraussetzung des mangelnden öffentlichen Interesses und die beiden neuen Erfordernisse nicht, denn es kann sehr wohl wegen einer geringfügigen Tat trotzdem ein Interesse des Staates an ihrer Verfolgung bestehen. — Zu beachten ist noch, daß nach § 177 nicht nur, wie es die bisherigen Vorschläge vorsahen, das Opportunitätsprinzip für diese Fälle gelten, sondern daß die Erhebung der öffentlichen Klage schlechthin unzulässig sein sollte. In Verfolg dieses Grundsatzes war in Abs. 2 ausgesprochen, daß auch das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen das Verfahren einzustellen habe. Die Geringfügigkeit der Tat sollte also für ihre Verfolgbarkeit ein Prozeßhindernis sein. Am Grundsatz der Anklagepflicht hielt dabei der Entwurf fest (§ 176 Abs. 2).

Durch § 23 der Verordnung vom 4. I. 1924, der als § 153 in die Strafprozeßordnung in der Fassung vom 22. 3. 24 übergegangen ist, hat die Entwicklung des Problems in strafprozessualer Hinsicht vorläufig ihr Ende gefunden. § 153 StPO. besagt: „Uebertretungen werden nicht verfolgt, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, es sei denn, das ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht. — Ist bei einem Vergehen die Schuld des Täters gering und sind die Folgen der Tat unbedeutend, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen. — Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen; der Beschluß kann nicht angefochten werden".

Diese Fassung zeigt sofort, daß die Materie nochmals völlig überprüft worden ist und zu verschiedenen Abweichungen von den früheren Beschlüssen Anlaß gegeben hat. Als erstes fällt ins Auge, daß nunmehr besonders leichte Fälle nicht nur bei Uebertretungen, sondern auch bei Vergehen zugelassen sind. Damit ist die Vorschrift auf den Entwurf von 1908 zurückgegangen. Der Unterschied in der Behandlung besonders leichter Fälle bei Uebertretungen und bei Vergehen besteht hauptsächlich darin, daß bei ersteren eine Ausschaltung des Legalitätsprinzips vorgenommen worden ist, so daß also die Strafverfolgungsbehörde bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht einschreiten darf, während bei Vergehen an die Stelle des Legalitätsprinzips das Opportunitätsprinzip gesetzt ist, d. h. es ist dem Ermessen des Staatsanwalts überlassen, ob er einschreiten will oder nicht, letzteres allerdings mit einer Einschränkung, die darin besteht, daß die Nichterhebung der Klage seitens der Staatsanwaltschaft der Zustimmung des Amtsrichters bedarf. Diese Bestimmung soll offenbar eine Sicherung gegen das alleinige Ermessen der Staatsanwaltschaft bei diesen an sich schwerer gearteten Straftaten schaffen.

Hinzugekommen ist ferner als weiteres Erfordernis der Nichtverfolgung bei Uebertretungen der Mangel eines öffentlichen Interesses an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung. Mit dieser Regelung schließt die Bestimmung einen Kompromiß zwischen den Entwürfen von 1908 und 1920. Der Ausdruck „öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" besagt wohl nichts wesentlich Verschiedenes gegenüber dem früheren „öffentliches Interesse an der Verfolgung", da die Verfolgung, d. h. hier doch die Erhebung der Anklage, ja eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen sollte; er weist jedoch deutlicher auf das Ziel, die Entscheidung, hin. Eine gleiche Vorschrift für die Vergehen in das Gesetz aufzunehmen, war nicht erforderlich, weil hier die Frage der Klageerhebung in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gelegt ist und diese ja nach dem herrschenden Prinzip bei Ausübung ihres Ermessens ohne weiteres zu prüfen hat, ob ein öffentliches Interesse an der Erhebung der Klage und damit an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht. Das Wort „kann"

in Abs. 2 soll offenbar nach Absicht des Gesetzgebers den Hinweis auf das öffentliche Interesse in Abs. 1 ersetzen (vgl. auch Dr. Mannheim in Jur. W. 24 S. 1647).

Die Behandlung der Fälle, in denen bereits Klage erhoben ist (Abs. 3), schließt sich wiederum an den Entwurf von 1908 an, indem sie erstens dahin geht, daß das Gericht einstellen k a n n (im Gegensatz zu „stellt ein" im Entwurf von 1920), und daß außerdem eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft dabei zu erfolgen hat. Nur ist nunmehr nicht ein Antrag, sondern nur die Zustimmung der Staatsanwaltschaft erforderlich.

Die Stellung des Paragraphen hinter dem § 152, der den Gesetzlichkeitsgrundsatz enthält, sein Wortlaut und sein Zweck lassen deutlich erkennen, daß keineswegs eine Beseitigung des Legalitätsprnizips vorgenommen werden sollte und vorgenommen ist, daß vielmehr nur eine Einschränkung desselben für bestimmte Fälle gemacht ist. Es ist m. E. nicht richtig zu sagen, daß es sich dabei im Grunde nicht mehr darum handle, ob, sondern nur noch darum, in welchem Umfange das Opportunitätsprinzip einzuführen sei (siehe Dr. Mannheim Jur. W. 24 S. 1647), denn die Strafprozeßordnung und die Beschlüsse der Kommissionen ergeben zweifelsfrei, daß ausdrücklich an dem Legalitätsprinzip als oberstem Grundsatz festgehalten ist. Daß ein Grundsatz Ausnahmen zuläßt, beweist noch nicht, daß er nicht mehr besteht. Zudem sind die Ausnahmen in Wirklichkeit nicht so erheblich, daß von einer gänzlichen Durchlöcherung des Legalitätsprinzip gesprochen werden könnte.

Bemerkenswert und für die Entscheidung mancher sich bei der Anwendung der Bestimmung ergebenden Fragen von Bedeutung ist ihre rechtliche Struktur. Wenn die Vorschrift bestimmt, daß beim Vorliegen gewisser Umstände eine Verfolgung der Straftat durch die Staatsanwaltschaft unzulässig sein soll (— werden nicht verfolgt — —), so liegt der Gedanke nahe, diese Umstände als ein „Prozeßhindernis" oder auch als fehlende „Bedingungen der Strafbarkeit" anzusehen. Unter Prozeßhindernissen sind Umstände zu verstehen, deren Vorhandensein die Einleitung oder falls ihr Vorhandensein zuvor übersehen — die Fortsetzung des Verfahrens hindert, und die von amtswegen in jeder Lage des Verfahrens berücksichtigt werden müssen.

Bedingungen der Strafbarkeit sind Tatsachen, von deren Existenz die Entstehung und Fortdauer des staatlichen Strafanspruchs abhängt. Zu letzteren gehören als die wichtigsten die Schuldausschließungs- und Strafaufhebungsgründe. Der Unterschied zwischen Prozeßhindernissen und Bedingungen der Strafbarkeit besteht praktisch darin, daß das Vorliegen eines Prozeßhindernisses der Einleitung oder Durchführung des Verfahrens entgegensteht, während die Nichterfüllung einer Strafbarkeitsbedingung einen Freispruch oder eine endgültige Einstellung bewirkt, also zu einer Sachentscheidung durch Urteil führt, wenn das Verfahren zur Hauptverhandlung gekommen ist (vgl. Feisenberger StPO., S. 132).

Zu einer solchen Entscheidung kommt es aber im vorliegenden Falle nicht, vielmehr soll nach der ausdrücklichen Regelung des § 153 eine Sachentscheidung irgendwelcher Art vermieden werden, und es hat ohne eine solche die Einstellung durch Beschluß zu erfolgen. Die Annahme, daß die in § 153 angeführten Erfordernisse zur Einstellung Umstände seien, deren Vorhandensein die Straflosigkeit bedinge, deren Fehlen also „Bedingung der Strafbarkeit" sei, scheidet demnach aus. Dies ergibt sich aber auch aus ihrem inneren Wesen. Sie haben mit Schuldausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen nichts zu tun. Schon der Wortlaut zeigt, daß hier gar keine Ausschließung der Schuld oder der Rechtswidrigkeit vorliegt. Es bleibt die Strafbarkeit der Tat an sich bestehen. Es wird nur ein gesetzlicher Befehl erteilt, die Straftat nicht zu verfolgen.

Es ist aber weiterhin festzustellen, daß es sich auch nicht um ein Prozeßhindernis im gebräuchlichen Sinne dieses Begriffs handelt. Allerdings hat sich, wenn auch der Begriff in Theorie und Praxis allgemein verwendet wird, ein einheitlicher, allgemein anerkannter Sprachgebrauch bisher noch nicht gebildet (vgl. Löwe-Rosenberg S. 357, Feisenberger S. 132, J. Goldschmidt, Mat. Justizrecht u. Der Prozeß als Rechtslage; Sauer, Grundlagen). Es soll hier jedoch die von der Mehrzahl der Autoren und von der Praxis verwandte Bedeutung des Begriffs zugrunde gelegt werden, die der ihm von Löwe-Rosenberg gegebenen folgt. Danach rechnen zu den Prozeßhindernissen Tatsachen, wie Rechtshängigkeit, Verjährung, Niederschlagung u. ä. Wird ein solches

von amtswegen, auch noch in der Revisionsinstanz, zu berücksichtigendes Prozeßhindernis erkannt, so ist auf Einstellung des Verfahrens — aber durch Urteil —, nicht auf Freisprechung zu erkennen.

Demgegenüber weist aber die vorliegende Rechtseinrichtung erhebliche Verschiedenheiten auf, die nicht in jenen Rahmen hineinpassen. Auf den ersten Blick scheint es, als ob Abs. 1, der die Unzulässigkeit einer Strafverfolgung ausspricht, nicht nur die Einleitung, sondern auch die Fortsetzung eines trotz der Vorschrift eingeleiteten Verfahrens hindere, so daß also, wenn die Sache zur Anklage kommen und das Vorliegen der Tatsachen, die die Strafverfolgung verbieten, erkannt würde, Einstellung des Verfahrens sei es durch Beschluß vor der Hauptverhandlung, sei es durch Urteil in der Hauptverhandlung von amtswegen erfolgen müßte. Daß dem aber nicht so ist, ergibt Abs. 3, der m. E. auch weiterverfolgte Fälle des Abs. 1 im Auge hat. Danach ist es wohl möglich, daß, wenn auch hernach erkannt wird, daß ein besonders leichter Fall vorliegt, zunächst eine Anklage ordnungsmäßig erhoben werden kann, und es ist, wenn einmal Klage erhoben ist, nicht Pflicht des Gerichts, ohne weiteres das Verfahren einzustellen, sondern es ist seinem Ermessen überlassen, ob es das — mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft — tun will, und dies geschieht durch Beschluß (Abs. 3, 2. Halbsatz).

Der Fall hat also mit den Prozeßhindernissen in Wirklichkeit nur so viel gemein, daß ein Strafverfolgungshindernis in Abs. 1 begründet ist, jedoch ohne daß das Vorliegen dieses Hindernisses bis zur Konsequenz der Unzulässigkeit des weiteren Verfahrens führt. Er ist deshalb nicht unter die Prozeßhindernisse in dem üblichen Sinne zu rechnen, vielmehr als ein Fall sui generis zu betrachten. — Das war nach der Fassung des Entwurfs von 1920 anders. Hier hieß es: „Ist gleichwohl die öffentliche Klage erhoben, so stellt das Gericht das Verfahren ein", d. h. das Gericht mußte einstellen. So sagte auch die Begründung folgerichtig: „Die Geringfügigkeit der Tat ist für ihre Verfolgbarkeit durch die öffentlichen Behörden ein Prozeßhindernis. Daher Einstellung nach § 177 Abs. 2". Die Grundlage und der Grund für die Rechtsnatur des § 153 ist in der

Einrichtung des freien Ermessens zu finden bei der Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen für die Unzulässigkeit der Klaeerghebung, also für einen besonders leichten Fall, vorliegen. Waren für diese Entscheidung keine absolut festen Handhaben gegeben, wie z. B. für die Beurteilung, ob eine Straftat verjährt sei, so mußte eine als nicht ordnungsmäßig und unzulässig geltende Fortführung des Verfahrens zugelassen werden, wobei dann die weitere Möglichkeit blieb, die Erledigung des Verfahrens ohne sachliche Entscheidung wiederum in das Ermessen des Richters zu legen.

Diese Uebertragung der Entscheidung über das Vorliegen eines besonders leichten Falles an das freie Ermessen der Strafverfolgungsbehörden und schließlich auch des Richters hat in der Literatur viel Staub aufgewirbelt. Es wird dagegen hauptsächlich geltend gemacht, daß die Gefahr außerordentlich groß sei, daß über den Begriff „Geringfügigkeit" der Schuld, insbesondere aber über die Frage, ob ein „öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung" bestehe, die Auffassung der verschiedenen Ankläger verschieden sein würden. Dadurch werde die Möglichkeit gegeben, daß in zwei völlig gleich gelagerten Fällen hier angeklagt werde, dort nicht. Die Folge sei Rechtsunsicherheit und Mißtrauen des Publikums. Auch erscheine die weitgehende Machtverleihung an den Staatsanwalt, insbesondere bei den sogen. „politischen", Delikten, bedenklich und gefährlich (vgl. Scanzoni in Jur. W. 1924 S. 1645; Mannheim ebenda S. 1647). Mannheim weist insbesondere darauf hin, daß jene politischen Gefahren, die bereits vor dem Kriege gegen das Opportunitätsprinzip ins Feld geführt worden seien, jetzt in einer Zeit maßloser Verbitterung und Verzerrung des politischen Kampfes tausendfach gälten. Auch sei zu erinnern, daß der Staatsanwalt oft ein Amtsanwalt sei.

Bedenken dieser Art sind von den Kommissionen der Entwürfe nicht unbeachtet geblieben. Jedoch standen sie auf dem Standpunkt, daß die Besorgnis der jubjektiven Ausnutzung des Opportunitätsprinzips bei Uebertretungen mit politischem Charakter nicht groß sei, da es nur eine geringe Anzahl solcher Uebertretungen gäbe (vgl. dazu Prot. d. Komm. f. d. Reform d. StPO., 2. Band 2. Les., Begründung).

In diesem Streit der Meinungen hat die eine wie die andere Partei zum Teil Recht. Allerdings besteht, da der eine Staatsanwalt, selbst wenn er objektiv zu sein glaubt, eine andere Auffassung über die „Geringfügigkeit" und über das Vorliegen eines „öffentlichen Interesses" in einem gleichgelagerten Fall haben kann, wie der andere, die Gefahr, daß eine gewisse Uneinheitlichkeit in der Behandlung der Fälle eintritt. Diese Gefahr wird auch dadurch erhöht, daß politische Einstellungen bei sogen. „politischen Delikten", sei es unwillkürlich, sei es gewollt, bei der Ausübung des Ermessens mitsprechen können. Jedoch ist einmal zu bedenken, daß auch bei gleichgelagerten Fällen, die von Gerichten abgeurteilt werden, die rechtliche und tatsächliche Beurteilung und die Höhe der Strafe bei verschiedenen Gerichten verschieden sein kann, und daß ferner, was die politischen Delikte anbetrifft, deren Zahl unter den Uebertretungen doch sehr gering ist und in der Praxis kaum zu größeren Kontroversen zu führen vermag. Eine Rechtsunsicherheit und eine Schwächung des Vertrauens des Volkes in die Rechtspflege wird dadurch wohl kaum eintreten. Im Gegenteil darf angenommen werden, daß die Möglichkeit, Billigkeitsrücksichten bei den Entscheidungen über die Strafverfolgung walten zu lassen, dazu beitragen wird, die Staatsanwaltschaft von dem Vorwurf kleinlicher Verfolgungssucht zu befreien, und den Beifall des Publikums findet, das für den Grundsatz „minima non curat praetor" sicher das größte Verständnis hat. Es mußte auch endlich ein Ausweg aus dem unerträglichen Zustand gefunden werden, daß die Strafverfolgungsbehörden genötigt waren, entweder wegen jeder Kleingikeit einzuschreiten oder sich nach § 346 StGB. strafbar zu machen. Dem war auch m. E. nicht, wie Scanzoni (Jur. W. 24 S. 1645) meint, dadurch abzuhelfen, daß „aus dem materiellen Strafrecht eine Ueberzahl von geringfügigen Uebertretungen und Vergehen beseitigt werde, die die Kraft der Behörden zersplittere und den Begriff der wirklichen Straftat im Rechtsbewußtsein des Volkes verwische". Scanzoni vertritt die Auffassung, daß wenn einmal ein Gesetz vorhanden sei, auch unbedingt jede Verletzung desselben verfolgt werden müsse und daß also für den Uebelstand der vielen Bestrafungen die Abhilfe allein im materiellen Strafrecht gefunden werden

müsse. — Dies ist deshalb nicht befolgenswert, weil einmal eine gänzliche Ausmerzung mehrerer Strafnormen, die sich in vielen Jahren als nötig gezeigt haben und deren Vorhandensein sich schon unter dem Gesichtspunkt der Präventivwirkung als tunlich erwiesen hat, schlechterdings unmöglich erscheint, und zweitens deshalb nicht, weil es auch dann noch immer bei den übrigen Delikten besonders leichte Fälle geben kann, die zu milderer Beurteilung führen müssen. —

Ein weiterer Angriffspunkt gegen die Bestimmung des § 153 ist der darin aufgenommene Begriff des „öffentlichen Interesses an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung", über dessen Vorliegen zu befinden dem Ermessen der Verfolgungsbehörde überlassen ist. Es wird dagegen vorgebracht, daß dieser Begriff ein Kautschuckbegriff sei, der in der Hand jedes Staatsanwalts einen anderen Inhalt gewinnen könne und als Richtschnur völlig unzulänglich sei. Wenn er für das beschränkte Gebiet der Privatklage brauchbar gewesen sein möge, so beweise das noch nichts. Die Durchbrechung des Legalitätsprinzips in dieser Ausdehnung und ohne jede Kontrolle sei äußerst gefährlich für die Staatsanwaltschaft, die ganze Justizverwaltung und die ganze Strafrechtspflege (vgl. Mannheim, Jur. W. 24 S. 1647 ff.).

Demgegenüber ist zu sagen, daß auch hier die Gefahr erheblich größer hingestellt wird, als sie praktisch tatsächlich sein mag. Bei Uebertretungen, bei denen die Bestimmung ja allein die Entscheidung dem alleinigen Ermessen der politischen Behörde überläßt, werden, auch bei den wenigen sogen. politischen Delikten, kaum erhebliche Beurteilungsabweichungen bezüglich des Vorhandenseins eines „öffentlichen Interesses" in Erscheinung treten. Zudem aber ist nicht einzusehen, weshalb, nachdem die Anwendung des Begriffs bei den Privatklagesachen sich bewährt hat, sie sich nicht in der Hand derselben Behörde in diesem Falle ebenfalls bewähren soll, zumal es sich ja um weniger wichtige Straftaten handelt. Der Begriff hat doch auch im Laufe der Zeit in der Praxis eine derartige Ausbildung erfahren, daß eine gleichmäßige Auslegung und Anwendung mit genügender Sicherheit gewährleistet ist.

Eine Kritik erfährt auch der Umstand, daß in Abs. 2 bei Vergehen die Einstellung seitens der Staatsanwaltschaft von

der Zustimmung des Richters abhängig gemacht ist. Mannheim führt dagegen an, daß es fraglich sei, ob dadurch der Staatsanwalt politisch entlastet und ob nicht vielmehr der Richter politisch mitbelastet werde. Wenn die Ermittelungen vom Staatsanwalt in einseitiger Richtung geführt worden seien, so könne sich der Richter nach den Akten kein richtiges Bild machen. Zudem werde der Richter leicht „ja" sagen, und er erscheine gegenüber dem Verletzten, Anzeigenden und Interessenten als Mitschuldiger an der nach ihrer Ansicht verkehrten Einstellung. Im übrigen seien dem Amtsrichter durch die Vorschrift keine Anhaltspunkte gegeben, nach welchen Erwägungen er bei Erteilung oder Versagung der Zustimmung verfahren solle.

Letztere Frage dürfte wohl kaum Schwierigkeiten machen. Eine sinnentsprechende Auslegung des Abs. 2 muß dahin gehen, daß der Richter bei Erteilung seiner Zustimmung zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen eines besonders leichten Falles vorliegen, d. h. ob die Schuld gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Die Beurteilung, ob ein öffentliches Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung vorhanden ist, wird dem Richter dagegen nicht obliegen (so auch Schäfer-Hartung). Dies ist Sache der Staatsanwaltschaft, der es ja dann überlassen ist, ob sie nach Erhalt der richterlichen Zustimmung einstellen will oder nicht. Denn darüber kann kein Zweifel bestehen, daß die Staatsanwaltschaft auch nach Erteilung der richterlichen Zustimmung in ihrer Entscheidung im Rahmen ihres Ermessens gänzlich frei ist.

Daß aber der Richter durch Abgabe oder Versagung seiner Zustimmung „politisch mitbelastet" und gegenüber den Interessenten als „Mitschuldiger" erscheinen würde, dürfte erheblich zu weit gegriffen sein. Man darf die Entscheidung über das Vorliegen der Erfordernisse eines besonders leichten Falles ruhig unsern Richtern anvertrauen, deren Entscheidung schwererwiegende Fälle überlassen sind, und darf sich dabei nicht davon beeinflussen lassen, ob seine Entscheidung dem einen oder andern nicht gefällt. Letzteres wird naturgemäß des öfteren der Fall sein, da sich die Entscheidung, daß ein besonders leichter Fall vorliegt, oft nicht mit den Interessen des Anzeigenden oder Verletzten decken wird. Es darf fernerhin vom Richter erwartet

werden, daß er die Rechts- und Tatfrage eingehend prüft und daß er, falls ihm nach dem ihm vom Staatsanwalt vorgelegten bisherigen Ermittlungsergebnis Bedenken aufstoßen, vor Abgabe seiner Entscheidung entweder eine Ergänzung der Ermittlungen durch den Staatsanwalt veranlaßt oder aber durch Versagung seiner Zustimmung die Sache vor das Gericht bringt. Es ist zuzugeben, daß all dies gewissermaßen eine Vertrauensfrage ist, zu deren Verneinung aber kein Grund besteht.

Die Frage, wann die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind und wann ein öffentliches Interesse an einer Gerichtsentscheidung vorliegt, ist nicht einheitlich zu beantworten, vielmehr gänzlich nach der Gestaltung des einzelnen Falles zu beurteilen. Was zunächst den Ausdruck „Schuld" anbetrifft, so herrscht darüber keine Uebereinstimmung, ob damit „Schuld" im technischen Sinne des Strafrechts, gleich Vorsatz und Fahrlässigkeit (so Löwe-Rosenberg), gemeint ist, oder ob dabei auch sittliche Werturteile heranzuziehen sind, wie das z. B. bei der Strafzumessung geschehen kann (so Kiesow, Feisenberger, Schäfer-Hartung). M. E. ist die letztere Ansicht die richtigere und vorzuziehen. Es entspricht gerade der Absicht und dem Zweck der Bestimmung, Straftaten zu treffen, die nach allgemein menschlichen und Billigkeitserwägungen für den Täter entschuldbar sind. Dem wäre aber mit der Anwendung der strengen Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit nicht gedient. Vielmehr sind gerade seelisch-sittliche Momente, wie z. B. Leichtsinn, Unachtsamkeit, Gleichgültigkeit, Prahlsucht, Uebermut, Scherz, Provokation, nachfolgende Reue, entschuldbarer Strafrechtsirrtum, die Absicht und der Zweck des Handelns, überhaupt Umstände, die die Tat entschuldbar und begreiflich erscheinen lassen, zu berücksichtigen. Deshalb braucht das Gesetz offenbar auch den allgemeinen Ausdruck „Schuld". – Die Geringfügigkeit der Schuld wird in der Regel zu verneinen sein, wenn der Täter ungeachtet einer vorherigen Warnung gehandelt hat oder wenn er wegen einer gleichen Verfehlung schon vorbestraft ist oder straflos gelassen wurde (vgl. auch Löwe-Rosenberg, Dalcke).

Unter „Täter" ist selbstverständlich auch der Teilnehmer zu verstehen. „Tat" begreift Versuch und Vollendung in sich.

Die „Folgen" der Tat sind ihre Wirkungen. Ob sie „unbedeutend" sind, ist unter Berücksichtigung aller Umstände nach vernüftigem Maßstab zu beurteilen. Dabei sind auch solche Folgen zu berücksichtigen, die der Täter nicht voraussehen konnte und nicht vorausgesehen hat.

Zuständig zur Einstellung nach § 153 Abs. 3, also wenn die öffentliche Klage erhoben ist – sei es durch Antrag auf Voruntersuchung, auf Erlaß eines Strafbefehls oder durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung oder endlich nach § 212 StPO. – ist in der Hauptverhandlung das mit der Sache befaßte Gericht, außerhalb der Hauptverhandlung der Amtsrichter (§ 22 Abs. 4 GVG) oder die Strafkammer (§ 73, § 82 Abs. 2 GVG) oder die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts (§ 82 Abs. 2 GVG).

Die formelle Erledigung eines besonders leichten Falles nach Abs. 1 und 2 wird sich so abspielen, daß die Verfolgungsbehörde, die den Tatbestand und gegebenenfalls weitere Ermittlungen aktenmäßig festgelegt hat, durch eine Verfügung die Anordnung trifft, daß die Sache nicht weiter verfolgt werden soll, etwa folgendermaßen: „Weitere Verfolgung unterbleibt" oder „Von (weiterer) Strafverfolgung wird Abstand genommen gemäß § 153 Abs. 1 StPO." – Die Einstellung durch das Gericht gem. Abs. 3 erfolgt durch Beschluß. Einer Begründung bedarf dieser nach § 34 StPO. nicht, da seine Anfechtbarkeit durch § 153 Abs. 3, 2. Halbsatz ausgeschlossen ist. Es empfiehlt sich jedoch, um es sofort deutlich zu machen, auf Grund welcher Bestimmung die Einstellung geschieht, in dem Beschluß zu bemerken, daß die Einstellung auf § 153 Abs. 3 beruht.

Um einige Beispiele von besonders leichten Fällen zu geben, mögen einige Tatbestände angeführt werden, wie sie in der Praxis häufiger vorgekommen sind und vorkommen:

Eine auf der Straße lärmende, angeheiterte Person wird von einem Schutzmann gestellt, wobei der Angeheiterte verletzende Bemerkungen gegenüber dem Schutzmann macht. Dieser fühlt sich beleidigt und stellt Strafantrag wegen Beamtenbeleidigung. Es ist augenscheinlich, daß die Aeßerungen der Weinlaune des Mannes, der sich bisher nichts derartiges hat zu schulden kommen lassen, und keiner bösen Absicht entsprangen. Der Polizeibeamte ist aber, ohne besonderen Grund, nicht zur Zurücknahme des

Strafantrages zu bewegen. — Hier Einstellung nach § 153 Abs. 2 oder Abs. 3. —

Ein junger Bursche klettert am Gerüst eines Verkehrsturms einer größeren Stadt hinauf, stellt sich auf das Dach, macht das Publikum durch Rufe und Armbewegungen auf sich aufmerksam und weigert sich auf die Aufforderung der Polizei längere Zeit herabzusteigen. Er verursacht durch sein Verhalten eine größere Menschenansammlung und Verkehrsstörung. Er erklärt hernach, er sei arbeitslos und habe den Einfall gehabt, sich irgendwie bemerkbar und von sich reden zu machen. Die Polizei erläßt einen Strafbefehl wegen groben Unfugs, gegen den der Bursche Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellt. — Das Gericht hält die Angaben des etwas prahlsüchtigen, sonst aber harmlosen Mannes für glaubhaft und macht von Abs. 3 Gebrauch. —

Ein alter Mann wird beim Betteln betroffen. Er weist nach, daß er durch unverschuldete Umstände in eine gewisse Notlage geraten ist, so daß er sich auf diese Weise zu helfen suchte. Bisher ist er einschlägig nicht vorbestraft und sonst gut beleumdet. — Hier Nichtweiterverfolgung nach Abs. 1. —

Auf dem Gebiete der Verkehrsvorschriften gibt es manchen Fall, der die Anwendung des § 153 angebracht erscheinen läßt, z. B. bei zu schnellem Fahren mit dem Kraftwagen, falls ein besonders stichhaltiger Entschuldigungsgrund vorliegt, wie etwa eine dringende Notwendigkeit, zu bestimmter Zeit an bestimmter Stelle zu sein, Krankheitsfall u. dergl.; bei nichtgenügender Sichtbarkeit der Wagennummer, wenn sie etwa beim Durchfahren einer schmutzigen Strecke vor kurzer Zeit bespritzt wurde; oder bei plötzlichem Versagen des Beleuchtungslämpchens ohne Wissen des Fahrers. Ferner bei geringfügigen fahrlässigen Körperverletzungen in Verbindung mit Uebertretungen des Kraftfahrzeuggesetzes.

Schließlich erscheinen auch mild liegende Steuerdelikte oft zur Einstellung geeignet.

III. Falls § 75 des amtlichen Entwurfs aus den Beratungen in der vorliegenden Form als Gesetz hervorgeht, wird derselbe Gegenstand, den der Gesetzgeber in § 153 StPO. prozeßrechtlich und in § 75 (Entwurf z.) StGB. materiellrechtlich regeln wollte, mit verschiedenen Begriffsbestimmungen ausgestattet sein, die

sich, wie bereits ausgeführt, praktisch verschieden auswirken würden. Es wäre dies ein Mangel, dessen Aufrechterhaltung durch nichts berechtigt ist. Beachtlich ist dabei aber auch noch folgendes: Für den Fall, daß nach Inkrafttreten des neuen StGB. ein besonders leichter Fall bis zur Hauptverhandlung kommt, hat das Gericht zwei Wege, um den Täter straflos zu lassen: Es hat einmal die Möglichkeit, nach § 153 Abs. 3 StPO. mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren einzustellen und außerdem nach § 75 Abs. 1 S. 2 n. StGB. in gewissen Fällen die Befugnis, aus alleiniger Entschließung von Strafe abzusehen. In letzteren Fällen kann das Gericht also auch gegen den Willen des Staatsanwalts handeln. Art und Wirkung der beiden Entscheidungen sind zudem verschieden: Die Einstellung nach § 153 gibt keine Sachentscheidung, wohl aber die Entscheidung „Es wird von Strafe abgesehen", ferner erfolgt die Einstellung durch Beschluß; das Absehen von Strafe wird durch Urteil ausgesprochen. Der Beschluß ist unanfechtbar (§ 153 Abs. 3 S. 2), gegen das Urteil aber wäre, da nichts Anderes bestimmt, das gewöhnliche Rechtsmittel gegeben.

Es liegt nahe, die Fassung des § 76 E und die des § 153 StPO. zu vergleichen. Es ist da der Gedanke nicht von der Hand zu weisen, ob mit dem „öffentlichen Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung", bei dessen Fehlen bei Uebertretungen von der Verfolgung abzusehen ist (§ 153 Abs. 1), nicht etwas Aehnliches gemeint ist, wie mit dem „Bedürfnis für eine Bestrafung". Jedoch besteht nur eine Aehnlichkeit, die wohl einmal zu gleicher Behandlung eines einzelnen Falles bei Anwendung der einen oder der anderen Bestimmung führen könnte, aber keine Gleichheit der Bedeutung beider Fassungen. Es kann sehr wohl sein, daß einmal ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht (z. B. aus grundsätzlichen Erwägungen), daß jedoch an sich ein Bedürfnis zu einer Bestrafung nicht vorliegt. Die eine Fassung stellt es auf das Interesse der Gesellschaft, die andere auf die Person des Täters ab. Dabei kann es allerdings, wie erwähnt, oft vorkommen, daß sich im Ergebnis beide Interessen decken.

Ein Unterschied in der Behandlung der besonders leichten Fälle von Uebertretungen im Strafrecht und im Strafprozeß liegt

darin, daß nach der StPO. keine Strafverfolgung eintreten d a r f, während nach dem neuen Strafgesetzbuch die Straflosigkeit in das Ermessen des Richters gestellt sein wird. Praktisch wird also selten eine besonders leichte Uebertretung bis zum Richter gelangen. Nur dann einmal, wenn der Staats- bezw. Amtsanwalt das Vorliegen eines besonders leichten Falles verneint. Dann hat der Richter noch die Möglichkeit, das Vorliegen eines besonders leichten Falles entweder nach § 153 Abs. 1 zu prüfen und gegebenenfalls nach Abs. 3 das Verfahren einzustellen, oder nach § 76 n. StGB. zu prüfen und nach § 383 n. StGB. von Strafe abzusehen.

Bei Vergehen liegt die Sache so, daß nach dem neuen Strafgesetzbuch nur bestimmte Vergehen straffrei gelassen werden könnten, während nach § 153 Abs. 2 StPO. bei allen Vergehen, die sich nach der Definition des § 153 als besonders leichte Fälle darstellen, von der Klageerhebung abgesehen bezw., falls diese doch erfolgt wäre, das Verfahren eingestellt werden kann. Die Prüfung, ob ein besonders leichter Fall gegeben ist, hätte im einen Falle nach der Bestimmung des § 76 n. StGB., im andern nach der des § 153 Abs. 2 StPO. zu geschehen. Praktisch würde die Prüfung nach beiden Begriffsbestimmungen in der Regel zu demselben Ergebnis führen.

Bei Verbrechen besteht auch nach § 153 StPO. keine Möglichkeit, den Täter der Strafe bezw. der Strafverfolgung zu entziehen.

Es frägt sich, ob dieses Nebeneinanderbestehen der beiden Normen eine praktische und zweckmäßige Regelung darstellen wird. Formell ist dazu zu bemerken, daß das Bestehenbleiben der in der jetzigen Fassung des § 153 StPO. enthaltenen materiellrechtlichen Vorschriften für die rechtliche Behandlung besonders leichter Fälle die Erhaltung eines gesetzestechnisch fehlerhaften, jedenfalls in der Strafprozeßordnung sonst nicht gebräuchlichen Zustandes wäre, denn die Definition eines besonders leichten Falles gehört als materiellrechtlich in das Strafgesetzbuch und nur die Bestimmungen über das bei ihrem Vorliegen anzuwendende Verfahren in die Strafprozeßordnung. Der Gesetzgeber müßte sich also für eine der beiden Begriffsbestimmungen entscheiden und die gewählte ausschließlich dem Strafgesetz-

buch einverleiben. Bei der Anweisung über die Pflicht zur Strafverfolgung in der Strafprozeßordnung könnte daneben, falls dies überhaupt für nötig gehalten würde, betont werden, daß das öffentliche Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung bei der Beurteilung zu berücksichtigen sei.

In materieller Hinsicht ist - abgesehen von der Verschiedenheit der Begriffsbestimmungen der „besonders leichten Fälle" unerfreulich, daß durch das Bestehen der beiden Bestimmungen die Möglichkeit gegeben ist, erstens einmal dieselben Fälle prozessual oder materiell zwiefach zu behandeln, indem man z. B. bei Uebertretungen, nachdem es zur Anklage gekommen ist, entweder eine Einstellung nach § 153 Abs. 3 StPO. oder ein Absehen von Strafe nach § 383 n. StGB. beschließen kann. Es ist dabei zu bedenken, daß die Wirkung beider Entscheidungen formell und materiell eine verschiedene ist. Der Beschluß nach § 153 StPO. ist endgültig, das Urteil nach § 76 bezw. § 383 n. StGB. ist anfechtbar. Materiell bedeutet ein Absehen von Strafe nach § 76 bezw. § 383 n. StGB. etwas Anderes als eine Einstellung nach § 153 StPO. Wird nach § 76 bezw. § 383 von Strafe abgesehen, so ist die Grundlage dafür, daß überhaupt ein „Schuldig", wenn auch ein geringfügiges, festgestellt ist, denn sonst müßte ja freigesprochen werden. Wenn aber ein Beschluß nach § 153 Abs. 3 ergeht, so ist damit keinerlei materielle Entscheidung gefällt, da das Verfahren ja ohne eine solche durch Einstellung zum Abschluß kommt.

Es wird also dem Betroffenen, dem Täter, auch nicht gleichgültig sein, daß er für denselben Fall verschiedenen Sprüchen ausgesetzt sein wird.

Ferner aber durchkreuzt die durch § 153 Abs. 2 StPO. gegebene Möglichkeit, bei a l l e n Vergehen das Verfahren einzustellen, die gerade bei den Verhandlungen zum neuen Entwurf herausgestellte Absicht, nur w e n i g e Vergehen der Straflosigkeit teilhaftig werden zu lassen. Auch die prophylaktische Wirkung der Strafdrohungen wird dadurch erheblich herabgesetzt.

Es wird demnach ein Weg zu finden sein, der einen Ausgleich bezw. eine Angleichung der beiden Bestimmungen in den erwähnten Punkten bringt. Dies wird im Sinne des § 76 n. StBG. zu geschehen haben, da dieser dem heutigen Rechtsstand

entspricht und die heutige Rechtsansicht zum Ausdruck bringt. Die Begründung zum Entwurf 1927 erklärt, daß die Regelung des Verhältnisses beider Vorschriften im Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch erfolgen soll. M. E. fände die Regelung zweckmäßiger in der Weise statt, daß § 153 StPO. unter Berücksichtigung der genannten Gesichtspunkte geändert würde und etwa folgenden Wortlaut erhielte: „Besonders leichte Fälle von Uebertretungen werden nicht verfolgt, es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht. — Wann ein besonders leichter Fallf vorliegt, ergibt sich aus § 76 StGB. — Bei denjenigen Vergehen, bei denen nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches in besonders leichten Fällen von Strafe abgesehen werden kann, kann in diesen Fällen die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen". — Absatz 3 wäre am besten zu streichen, da in dem von ihm betroffenen Falle dem Richter nach § 76 und § 383 n. StGB. die Möglichkeit des Absehens von Strafe gegeben ist, die als aureichend anzusehen ist.

IV. Sind im Vorigen die Vorschriften des § 153 im allgemeinen nur insoweit erläutert worden, als über ihre Auslegung im Schrifttum und in der Praxis im wesentlichen keine Meinungsverschiedenheiten bestehen, so sollen nun im folgenden diejenigen streitigen Punkte, die sich bei der theoretischen Durcharbeitung und bei der praktischen Anwendung des § 153 ergeben haben, erörtert werden.

Zunächst die Frage, für wen das Verfolgungsverbot des Abs. 1 gilt. Es kann zweifelhaft sein, ob die Entscheidung über die Nichtverfolgung bezw. Nichtweiterverfolgung der Straftat nur der Staatsanwaltschaft oder auch schon der Polizeibehörde obliegt. M. E. ergibt sich aus dem Wortlaut und aus dem Sinn der Bestimmung, daß § 153 auch für Polizeibehörden gilt, soweit sie gesetzlich zu einer Entscheidung über die Bestrafung einer Straftat befugt sind, d. h. also praktisch, soweit sie zum Erlaß einer polizeilichen Strafverfügung ermächtigt sind. In diesen Fällen muß es der Prüfung und dem Ermessen der Polizei unterliegen, ob ein besonders leichter Fall vorliegt und ob ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen

Entscheidung (die ja nach Erlaß einer polizeilichen Strafverfügung durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung seitens des Beschuldigten oder durch Abgabe der Sache an die Staatsanwaltschaft und Klageerhebung durch diese verwirklicht werden könnte) fehlt, weil diese Erwägungen mit in ihre Entschließungen bezüglich des Erlasses des Strafbefehls gehören.

Ein weitergehendes Entscheidungsrecht über die Nichtverfolgung bezüglich der übrigen Straftaten wird man der Polizei allerdings nicht zubilligen dürfen. Zwar spricht das Gesetz davon, daß die besonders leichten Fälle nicht „verfolgt" werden dürfen, und man kann vielleicht auf dem Standpunkt stehen, daß die „Verfolgung" schon mit dem Augenblick begönne, wo die Polizei (auch schon das einzelne Polizeiorgan) irgendwelche Ermittlungen anstellt, die darauf gerichtet sind, daß gegen den Täter gegebenenfalls Anklage erhoben wird, (oder ein polizeilicher Strafbefehl erlassen oder Antrag auf Erlaß eines amtsrichterlichen Strafbefehls gestellt wird). Diese Ansicht würde aber dazu führen, daß man dem einzelnen Polizeibeamten, der ja gemäß §§ 160, 161 StPO. auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft die Ermittlungen vornimmt, die Ermächtigung gäbe, von sich aus sofort bei Kenntnisnahme von den Umständen der Tat über ihre weitere Verfolgung zu beschließen, eben um evtl. eine weitere „Verfolgung" zu vermeiden.

Daß eine derartige Machtbefugnis einem Polizeiorgan nicht übertragen werden sollte und nicht übertragen worden ist, liegt auf der Hand. Insbesondere aber sind m. E. die ersten Ermittlungen der Polizei bezw. der Staatsanwaltschaft zur Aufklärung des Tatbestandes noch nicht als „Verfolgung" im Sinne des Gesetzes anzusehen, diese beginnt vielmehr erst dann, wenn die Straftat so weit feststeht, daß ein hinreichender Verdacht für eine bestimmte Uebertretung des Strafgesetzes vorliegt. Ferner ist es auch ein allgemeiner Grundsatz, daß sowohl da, wo die Polizeiorgane auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft (§ 161 StPO.), als auch wo sie ohne einen seitens der Staatsanwaltschaft gegebenen Auftrag vorläufig (§ 163) einschreiten, die weitere Entschließung über die Fortführung der Ermittlungen überall der Staatsanwaltschaft vorbehalten ist (§ 163 Abs. 2, 167). Eine Ausnahme besteht naturgemäß für die oben genannten Straf-

taten, die durch polizeilichen Strafbefehl erledigt werden können. Aber auch für diese Fälle ist, da die Besorgnis besteht, daß die Beamten von einer solchen Ermessensentscheidung einen zu ausgedehnten und oft nicht gänzlich unparteiischen und gleichmäßigen Gebrauch machen könnten, in der Regel durch Bestimmungen der obersten bezw. örtlichen Polizeibehörde die Entscheidungsbefugnis der Polizeiorgane soweit eingeengt, daß die Prüfung, ob von einer Verfolgung abzusehen ist, grundsätzlich nur dem Polizeiverwalter übertragen ist (vgl. G. V. d. J. M. u. M. d. I. v. 29. 5. 24, J. M. Bl. S. 258). In allen andern Fällen hat also tatsächlich der Staatsanwalt, der allerdings oft ein Amtsanwalt sein wird, nachdem ihm die polizeilichen Ermittlungen vorgelegt sind oder er selbst Ermittlungen hat vornehmen lassen, zu entscheiden.

Es kommt übrigens in der Praxis auch vor, daß, nachdem der Staatsanwalt den Antrag auf Erlaß eines amtsrichterlichen Strafbefehls gestellt oder die Anklageschrift eingereicht hat, der Richter ihm die Akten zurückgibt zur Erwägung, ob nicht ein Fall des § 153 StPO. vorliege, und daß dann der Staatsanwalt auf Grund dieser erkennbaren Stellungnahme des Richters seinen Antrag zurücknimmt (§ 156, 411), und einstellt. Dies Verfahren wird sich sogar oft empfehlen, um evtl. weitere Arbeit und gar eine Hauptverhandlung zu vermeiden.

Als nächste ist die Frage zu beantworten, bis zu welchem Stadium des Verfahrens ein zur Hauptverhandlung gebrachter besonders leichter Fall durch Einstellung erledigt werden kann. Daß dies noch in der Berufung geschehen kann, wird nirgends bestritten und ist unbedenklich anzunehmen, da die Berufungsinstanz eine vollständig neue tatsächliche und rechtliche Durchprüfung der Sache zum Gegenstand hat. Zweifel bestehen aber für die Revisionsinstanz. In Literatur und Rechtsprechung ist darüber ein heftiger Meinungsstreit geführt worden. Das Reichsgericht stellte sich in den Entscheidungen vom 5. 6. und 10. 7. 1924 von vornherein auf den Standpunkt, daß eine Einstellung durch das Revisionsgericht nicht mehr in Frage kommen könne, und verblieb dabei in seiner ausführlichen Entscheidung vom 9. 2. 1925 (Jur. W. 25 S. 1000 Nr. 58). Dieser Ansicht schloß sich das Bayr. Oberste Landesgericht in einer Entscheidung vom 3. 5. 26

(Jur. W. 1926 S. 2766) an. Denselben Standpunkt vertreten in der Literatur Löwe-Rosenberg, Kiesow, Schäfer-Hartung, Feisenberger, Bumke, Dr. Peter (Jur. W. 24 S. 794), Menge (Der junge Rechtsgelehrte Nr. 14), u. a. Entgegengesetzt entschied zunächst das Kammergericht, 1. Str. Sen. vom 9. 5. 24 (Jur. W. 24 S. 1626) und 1. Fer. Str. Sen. vom 29. 7. 24 (Jur. W. 24 S. 1627), dem die O. L. Ge. Kiel vom 9. 10. 24 und Dresden vom 11. 4. 24 und in der Literatur u. a. Dr. Mannheim (Jur. W. 25 S. 1000) und Dr. Jonas (Jur. W. 24 S. 1626) im Ergebnis beitraten. In seiner neueren Entscheidung vom 3. 2. 27 (Jur. Rdsch. 1927 Nr. 8 Nr. 886) hat das Kammergericht (3. Str. Sen.) jedoch seinen früheren Standpunkt aufgegeben und ist auch in der Begründung dem Reichsgericht gefolgt. — Eine dritte Ansicht vertritt Dr. Löning in Jur. Rdsch. 25 Nr. 6 S. 340 ff., der verschiedene Fälle unterschieden haben will.

Die erste Ansicht, deren Begründung am ausführlichsten in der R. G. E. vom 9. 2. 25 (R. G. St. 59, 54) enthalten ist und die auch auf die Ansicht des Kammergerichts eingeht, läßt sich von folgenden Gesichtspunkten leiten: Für die Anwendung des § 153 komme es vornehmlich auf die Erforschung und Würdigung tatsächlicher Verhältnisse an, insbesondere auf die Ermittlung des äußeren Tatbestandes, die Wertung der Persönlichkeit und der „Schuld" des Täters, die Feststellung der Folgen der Tat und das Abwägen aller dieser miteinander in Beziehung zu bringenden tatsächlichen Ermittlungsergebnisse gegeneinander. Das Revisionsgericht habe sich aber, abgesehen von den durch Verfahrensrügen und für die Prüfung von Verfahrensvoraussetzungen erforderlich werdenden tatsächlichen Ermittlungen, nicht mit der Erforschung des Sachverhalts zu befassen, sondern lediglich die Rechtsanwendung auf den Sachverhalt nachzuprüfen, den der Tatrichter auf Grund der ihm überwiesenen Sachermittlung (§ 261 StPO.) abschließend festgestellt habe. Infolgedessen sei für § 153 im Rahmen der dem Revisionsgericht durch die Strafprozeßordnung zugewiesenen und durch die Neufassung der Strafprozeßordnung insoweit unverändert gelassenen Aufgaben kein Raum. Dafür daß trotzdem das Revisionsgericht zu den „Gerichten" gehören sollte, die nach § 153 StPO. über die Einstellung des Verfahrens zu befinden hätten, fehle es nach dem

Wortlaut und dem Zweck dieser Vorschriften an jeglichem Anhalt. —

Das Kammergericht hatte sich in seiner ursprünglichen Entscheidung vom 9. 5. 24 dahin ausgelassen, daß das Revisionsgericht sich nicht ausnahmslos mit Rechtsfragen zu befassen, sondern auch des öfteren Gelegenheit und die Verpflichtung habe, tatsächliche Voraussetzungen der Strafbarkeit eines Angeklagten zu ermitteln, z. B. ob Strafantrag vorliege, ferner auch bei Amnestieverordnungen. Ein derartiger Fall liege aber auch bei § 153 vor, da diese Vorschriften die Bedeutung eines Gnadenaktes besäßen.

Dieser Auffassung des Kammergerichts ist das Reichsgericht in seiner Entschediung vom 9. 2. 25 ausführlich entgegengetreten: Es sei irrtümlich, die dem Revisionsgericht obliegende Ermittlung von tatsächlichen Verhältnissen über die Anwendbarkeit der Amnestieverordnungen sowie über das Vorliegen eines Strafantrags mit der Entscheidung darüber, ob das Revisionsgericht einstellen solle oder könne, zu vergleichen. Bei der Entscheidung über die Amnestie oder über den Strafantrag dienten die Ermittlungen der Entscheidung der Rechtsfrage, ob die Strafverfolgung zulässig gewesen sei oder nicht, dagegen sei es im Rahmen des § 153 eine reine Ermessensfrage, die dem Tatrichter zu überlassen sei, ob bei Würdigung der Sachlage eine „Ausnahme vom Verfolgungszwang" zweckmäßig sei. Die Niederschlagung eines Strafverfahrens im Wege der Amnestie schaffe ein in jeder Lage des Verfahrens von amtswegen zu berücksichtigendes Hindernis für dessen Fortgang und bringe den staatlichen Strafanspruch zum Erlöschen. Zu dem durch die Amnestie geschaffenen Verfahrenshindernis habe jedes Gericht Stellung zu nehmen. Demgemäß habe auch das Revisionsgericht über die Amnestiefrage von amtswegen selbständig zu entscheiden und zu diesem Zwecke nötigenfalls eine eigene Sachuntersuchung anzustellen (vgl. auch R. G. 55, 231 u. die dort angef. Entscheidungen). So liege es aber hier nicht. Im Falle des § 153 hätten die Gerichte nicht über das Bestehen eines Verfahrenshindernisses zu entscheiden, sondern sie brächten es erst zum Entstehen. Im übrigen aber habe § 153 auch nicht den Charakter eines Gnadenaktes, da es sich

hier nicht um eine Niederschlagung des Strafverfahrens handele, deren Wirkung ohne weiteres eintrete und vom Gericht nur als vorhandene Tatsache anerkannt werde (vgl. R. G. 54, 17), sondern lediglich um eine Ausnahme vom Verfolgungzwang, die in § 153 in dem dort vorgesehenen Umfange davon abhängig gemacht werde, daß das Gericht sie nach Lage des Einzelfalls für angemessen halte und gutheiße. — Wie schon erwähnt, hat sich der 3. Senat des Kammergerichts in einer neueren Entscheidung dem Urteil des Reichsgerichts angeschlossen.

Bei der Lösung der Frage ist davon auszugehen, daß die Tätigkeit des Revisionsgerichts die durch § 352 StPO. umgrenzt ist, darin besteht, entsprechend dem § 357, lediglich auf Grund der gestellten Revisionsanträge und der zum Beweise eines Verfahrensmangels vorgebrachten Tatsachen nachzuprüfen, ob die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.

Es sind übrigens wohl zwei Fälle zu unterscheiden. 1. Fall: Die Revision rügt irgend einen Mangel des Vorurteils, und es wird dann in der Revisionsinstanz vom Revisionskläger der Antrag gestellt bezw. angeregt, das Verfahren gemäß § 153 Abs. 3 einzustellen, weil der Tatbestand des Vorurteils ergebe, daß Schuld und Folgen gering seien. 2. Fall: Die Revision stützt sich ausdrücklich auf die Verletzung des § 153, indem behauptet wird, der Vorderrichter habe einstellen müssen, weil die Voraussetzungen des § 153 dazu gegeben gewesen seien. — Bei den angeführten Entscheidungen dreht es sich offenbar um den 1. Fall, also nicht um die Frage, ob der Tatrichter etwa rechtsirrtümlicher Weise von der Befugnis des § 153 Abs. 3 keinen Gebrauch gemacht hat, sondern darum, ob das Revisionsgericht von der Einstellung Gebrauch machen kann. Daraus geht schon hervor, daß es sich hierbei für das Revisionsgericht nicht um die Prüfung handelt, ob die Anwendung des Gesetzes gewahrt ist, insbesondere ob die Prozeßvoraussetzungen bezw. keine Prozeßhindernisse vorliegen, sondern darum, im Wege des Ermessens von einer Befugnis Gebrauch zu machen, wodurch ein Hindernis für ein weiteres Verfahren erst geschaffen werden würde. Eine solche Entscheidung gehört aber grundsätzlich nicht zu der in der Prozeßordnung (§ 352) vorgesehenen Zu-

ständigkeit der Revisionsgerichte, die nur mit der Frage der richtigen oder unrichtigen Rechtsanwendung befaßt sind. Die Entscheidung über die Einstellung nach § 153 unterliegt dem Ermessen des Tatrichters, das auf einer tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts beruhen muß und nur darauf beruhen kann.

Das Revisionsgericht ist ja auch gänzlich an den tatsächlichen Inhalt des Vorurteils und der sonst etwa vorausgegangenen Entscheidungen des erkennenden Gerichts gebunden, und es darf ihm nicht einmal der sonstige Inhalt der Akten zur Grundlage dienen. Es ist ihm also schon aus diesem äußeren Grunde unmöglich, ein genügendes Tatbild zu haben, um über die Voraussetzungen der Einstellung entscheiden zu können.

Denn tatsächliche Ermittlungen kann das Revisionsgericht hier zweifellos nicht vornehmen. Die Ansicht, daß es sich bei § 153 um einen Gnadenakt handele, und daß deshalb Ermittlungen tatsächlicher Art seitens des Revisionsgerichts zulässig seien, ist mit dem Reichsgericht zurückzuweisen. Schon die Fassung des Abs. 3 gibt deutlich zu erkennen, daß es sich nicht um einen „Gnadenakt" handeln kann, dessen Wirkung, die Aufhebung des Verfolgungs- und Strafzwanges, ipso iure einträte und in jeder Instanz zu berücksichtigen wäre. Denn das Gericht ist hier keineswegs *verpflichtet*, die Einstellung vorzunehmen, es steht dies vielmehr ganz in seinem Ermessen, bei dem es die verschiedenen tatsächlichen Umstände abzuwägen hat. Stellt das Gericht aber nicht ein, so ist auch der Verfolgungszwang nicht aufgehoben, ein Prozeßhindernis liegt nicht vor. Erst die Einstellung hebt hier den Verfolgungzwang auf und schafft das Verfahrenshindernis. Die Gerichte haben also nicht über das *Bestehen* eines Verfahrenshindernisses zu entscheiden, sondern sie haben es in der Hand, es konstitutiv zum *Entstehen* zu bringen.

Was den zweiten Teil anbetrifft, so wäre, wollte man die Tatsache der Nichtanwendung des § 153 durch den Vorderrichter als Revisionsgrund gelten lassen, das Revisionsgericht gezwungen, die Anwendung des Ermessens seitens des Richters der Vorinstanz nachzuprüfen. Dazu ist es aber nicht befugt. Es muß ein Rechtssatz verletzt sein, den das Gericht anzuwenden verpflichtet war. Die Einstellung ist aber in das Zweck-

mäßigkeitsermessen des Vorderrichters gestellt gewesen. Es ist auch nicht Mannheim in Jur. W. 25 S. 1000 beizustimmen, der der Auffassung ist, daß es sich dabei nicht um eine Tatfrage, sondern, ähnlich wie bei der Strafzumessung, um eine Rechtsfrage handle, die das Revisionsgericht zu prüfen habe, weil keine „reine Ermessensfrage", sondern ein typischer Fall des gebundenen, also nachprüfbaren Ermessens vorliege. Das Ermessen des Gerichts ist hier im Gegenteil bei der Entscheidung über die Zweckmäßigkeit einer Einstellung frei (. „kann" .), es bedarf auch keinerlei Begründung, wenn das Gericht von der Befugnis nicht Gebrauch macht, ja es bedarf im Urteil überhaupt keiner Erwähnung, ob das Gericht § 153 Abs. 3 in seine Erwägung gezogen und warum es dann schließlich nicht eingestellt hat. Daraus ergibt sich schon das Fehlerhafte eines Vergleichs mit der Strafzumessung. Für diese sind die sie begründenden Erwägungen in den Urteilsgründen aufzuführen, und es ist eine Rechtsfrage, ob die Gründe den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Bei diesem gänzlichen Fehlen solcher vom Vorderrichter niedergelegten Erwägungen bezüglich der Nichtanwendung des § 153 ist auch nicht zu ersehen, wie das Revisionsgericht eine unrichtige Anwendung des Ermessens feststellen sollte.

Auch der vom Kammergericht zur Stützung seiner früheren Entscheidung angeführte Gesichtspunkt, es handle sich bei § 153 um eine „lediglich zugunsten des Angeklagten" erlassene Vorschrift, die daher weit ausgelegt werden müsse, ist nicht durchschlagend. Das träfe nicht einmal dann zu, wenn man § 153 als „Gnadenakt" aufzufassen hätte. Denn Gnade wird „nicht im Interesse des Begnadigten, sondern in dem der Gerechtigkeit und des Staates" gewährt (vgl. Binding, Handbuch I S. 861), was schon daraus hervorgeht, daß der Begnadigte nicht auf den Gnadenerweis verzichten und auf Vollstreckung der Strafe bestehen kann. Im übrigen soll aber § 153 auch keineswegs ausschließlich oder in erster Linie den Interessen des Angeklagten dienen, er ist vielmehr auch im allgemeinen Staatsinteresse und im Interesse der Entlastung der Behörden erlassen worden. Er kann deshalb ja auch gegen den Widerspruch des Angeklagten zur Anwendung kommen.

Ebensowenig vermag der weitere vom Kammergericht vorgebrachte Grund, daß es ein unbilliges Ergebnis wäre, wenn § 153 in der Revisionsinstanz nicht mehr angewandt werden könne, wenn die Einstellung bisher deshalb unterblieben sei, weil der Staatsanwalt seine Zustimmung verweigert hätte, die er nunmehr in der Revision erteile, an dem Ergebnis etwas zu ändern. Wohl ist zuzugeben, daß dies in manchen Fällen, die allerdings selten genug vorkommen werden, hart erscheinen mag, jedoch können durch eine reine Billigkeitserwägung bestehende prozessuale Grundsätze nicht umgestoßen werden.

Es bleibt noch übrig, sich mit den Ausführungen Loenings in Jur. Rdsch. 25 S. 340 ff. auseinanderzusetzen. Er will drei verschiedene Fälle unterscheiden: Erster Fall: In erster Instanz oder in der Berufungsinstanz hat der Staatsanwalt bereits seine Zustimmung zur Einstellung gegeben, da nach seiner Ansicht die Voraussetzungen vorlagen. Das Gericht hat aber nicht eingestellt, sondern verurteilt, da es die Voraussetzungen einer Einstellung nicht für gegeben hielt. In diesem Falle verneint Loening die Möglichkeit der Einstellung durch das Revisionsgericht, da diesem eine Nachprüfung, ob die Voraussetzungen gegeben seien, über deren Vorliegen der Tatrichter nach seinem Ermessen zu befinden habe, nicht zustehe. - Zweiter Fall: In der Vorinstanz hat das Gericht zwar die Schuld und die Folgen als gering angesehen, aber von § 153 Abs. 3 keinen Gebrauch machen können, da der Staatsanwalt seine Zustimmung zur Einstellung versagt hat. In der Revisionsinstanz erteilt nun der Staatsanwalt seine Zustimmung oder beantragt selbst die Einstellung durch das Revisionsgericht. Hier hält Loening die Einstellung für zulässig mit der Begründung, der Gegengrund, der Revisionsrichter dürfe keine Tatsachenprüfung vornehmen, treffe hier nicht zu, weil ja nach dem Vorurteil gerade das Gericht die materiellen Voraussetzungen des § 153 bejaht habe und von § 153 nur wegen der mangelnden Zustimmung des Staatsanwalts keinen Gebrauch habe machen können. - Dritter Fall: In der Vorinstanz ist überhaupt die Möglichkeit der Einstellung weder ins Auge gefaßt noch erörtert worden. In der Revision stimmt die Staatsanwaltschaft zu. In diesem Fall bejaht Loening, soweit die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters ergäben,

daß die Voraussetzungen vorlägen, die Einstellungsmöglichkeit, verneint sie aber, falls solche Feststellungen nicht gemacht seien.

Dazu ist zunächst wiederum hervorzuheben, daß das Revisionsgericht kaum je die Kenntnis von den die Nichtanwendung des § 153 in den Vorinstanzen veranlassenden Umständen erlangen wird, da eine Erörterung darüber wohl weder in den Urteilsgründen, wo sie ja nicht hineingehört, selten und darum nur unvollständig im Protokoll zu finden sein wird. Schon aus diesem Grunde wäre praktisch die vorgeschlagene Behandlung der Fälle nicht möglich. Mit der Entscheidung seines ersten Falles befindet sich Loening in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht. Zu seinem zweiten Fall ist zu sagen, daß seine Lösung auch deshalb nicht richtig erscheint, weil doch hier das Revisionsgericht in die Lage käme, selbständig nun s e i n Ermessen auszuüben bei der Entscheidung darüber, ob es die Voraussetzungen der Einstellung für vorliegend erachte. Denn wenn auch der Vorderrichter irgendwie seiner Ansicht Ausdruck gegeben hätte, daß er die Voraussetzungen als vorhanden annahm, so müßte doch jetzt das Revisionsgericht unter Ausübung seines Ermessens eine neue, eigene Entscheidung darüber treffen. Das fällt aber, wie oben dargelegt, aus dem Rahmen der Zuständigkeit des Revisionsgerichtes heraus, das nur die richtige Rechtsanwendung durch den Vorderrichter zu prüfen hat. — Für den dritten Fall wäre es doch, abgesehen von den anderen, sich aus den früheren Ausführungen ergebenden Gegengründen, im höchsten Maße unbillig, die Entscheidung davon abhängig zu machen, ob sich im Vorurteile zufällig irgendwelche Erörterungen aus denen auf die Geringfügigkeit der Schuld und der Folgen der Tat zu schließen wäre, vorfänden oder nicht.

Die Ausführungen Dr. Loenings sind aus diesen Gründen nicht geeignet, den oben gewonnenen Standpunkt zu ändern. —

Eine weitere Streitfrage kann es sein, ob § 153 Abs. 3 nur anwendbar ist, wenn von vornherein wegen Vergehens oder Uebertretung angeklagt ist oder auch dann, wenn wegen eines Verbrechens in Tateinheit mit einem Vergehen Klage erhoben ist und in der Hauptverhandlung wegen des Verbrechens Freisprechung erfolgen muß, oder wenn wegen Verbrechens ange-

klagt ist, in der Hauptverhandlung aber sich die Tat als Vergehen darstellt. Wenn also z. B. Anklage wegen schwerer Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug erhoben ist und die die Hauptverhandlung ergibt, daß, etwa aus Rechtsgründen, keine schwere Urkundenfälschung vorliegt und weiterhin die Schuld und die Tatfolgen bezüglich des übrig bleibenden Betruges gering erscheinen, so frägt es sich, ob nun unter Freisprechung wegen der schweren Urkundenfälschung mit Zustimmung des Staatsanwalts die Einstellung hinsichtlich des Betruges gemäß § 153 Abs. 3 stattfinden darf. Das Gesetz sagt ausdrücklich darüber nichts. Die Auslegung muß sich deshalb aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergeben.

Dem wird aber nur die Bejahung der Frage gerecht. Denn es kann nicht darauf ankommen, weswegen angeklagt oder das Hauptverfahren eröffnet ist, sondern nur darauf, als was sich die Tat in der Hauptverhandlung aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen darstellt, was sie also wirklich ist. Es wäre eine unbillige Härte, den Angeklagten darunter leiden zu lassen, daß Anklage und Eröffnungsbeschluß auf rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen beruhten, die sich nachher als falsch herausstellten, und daß, wenn von vornherein nur wegen eines Vergehens, z. B. Betruges, eröffnet worden wäre, eine Einstellung unbedenklich hätte erfolgen können. — Dieselben Erwägungen gelten für die Zulassung der Einstellung für den Fall, daß die Anklage wegen Verbrechens erhoben und die Tat nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung nur als Vergehen anzusprechen ist. Dies Ergebnis stimmt auch zu dem Umstande, daß eben die Einstellung auch noch besonders auf Grund einer Hauptverhandlung zugelassen ist. (So auch Loening in Jur. Rdsch. 25 Nr. 6 S. 340 ff.) —

Zu Zweifeln gibt weiterhin Anlaß die Frage, ob ein Nebenkläger der Einstellung nach § 153 zustimmen muß und ob eine solche auch gegen seinen Willen erfolgen kann. — In der Literatur sind beide Ansichten vertreten: Die einen, so Feisenberger, Dalcke, Güntzner, Löwe-Rosenberg, Schäfer-Hartung, halten die Zustimmung des Nebenklägers nicht für erforderlich, die andern, so Kiesow, Loening, Menge, verlangen sie. Die

Antwort ist davon abhängig, ob § 397 und § 385 StPO. auf den vorliegenden Fall anwendbar sind.

Nach § 397 hat der Nebenkläger nach erfolgtem Anschluß die Rechte des Privatklägers, § 385 schreibt vor, daß, insoweit in dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage die Staatsanwaltschaft zuzuziehen und zu hören ist, in dem Verfahren auf erhobene Privatklage der Privatkläger zuzuziehen und zu hören ist. Daraus ergibt sich allerdings, daß der Nebenkläger grundsätzlich die Stellung des Staatsanwalts erhält. Trotzdem ist m. E. das Erfordernis seiner Zustimmung abzulehnen. Dies Ergebnis ist einmal aus der Art und dem Inhalt der Tätigkeit zu schöpfen, die der Staatsanwalt bei Erteilung bezw. Versagung seiner Zustimmung ausübt. Die Entscheidung über sie hat der Staatsanwalt nach seinem Ermessen zu treffen. Dieses stützt sich aber auf verschiedene Erwägungen, die der Staatsanwalt nach § 153 dabei vorzunehmen hat: Er hat sich darüber schlüssig zu machen, ob er die Schuld des Täters für gering und die Folgen der Tat für unbedeutend hält, vor allem aber darüber, ob ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht. Daraus geht deutlich hervor, daß es sich hier um die Entscheidung des Staatsanwalts als Organ des Staates handelt, der sein Strafrecht ausübt und seine Strafpflicht erfüllt. Nur ihm kann ein solches Ermessen zugestanden werden, nur ihm insbesondere die Beurteilung, ob ein öffentliches Interesse vorliegt. Es wäre mit der inneren Natur der Stellung des Nebenklägers gänzlich unvereinbar, wollte man ihm eine solche Entscheidung zubilligen. Der Nebenkläger tritt ja auch nicht, wie der Privatkläger, an die Stelle des staatlichen Organs zur Geltendmachung des staatlichen Rechts auf Strafe, sondern er kann das von der Staatsanwaltschaft geltend gemachte Recht nur durch seinen Anschluß unterstützen (vgl. Feisenberger, Vorbem. vor § 395). Es liegt insoweit also in § 153 Abs. 3 jedenfalls keine Einschränkung des § 397 StPO.

Es ist auch m. E. unrichtig, hier, wie Loening in Jur. Rdsch. 25 Nr. 6 S. 340 es tut, die Entscheidung der Frage darauf abzustellen, ob hier der Staatsanwalt in Amts- oder in Parteistellung handle, und die Zustimmung nach § 153 auch aus seiner Parteistellung zu erklären, woraus Loening den Schluß zieht,

daß die Befugnis auch dem Nebenkläger zustehen müsse. Denn erstens ist es nicht zutreffend, von dem Staatsanwalt als einer „Partei" zu sprechen. Wohl ist er Prozeßbeteiligter, der die Verpflichtung hat, in der Hauptverhandlung darauf hinzuwirken, daß auch alles erörtert wird, was zu des Angeklagten Entlastung dienen kann. Dies tut der Staatsanwalt aber als Organ des Staates, ohne dabei „Partei" im gewöhnlichen Sinne des Worter zu werden. Außerdem aber ergibt, wie oben ausgeführt, auch der Charakter der „Zustimmung", daß sie der Ausfluß einer amtlichen Eigenschaft sein muß.

Aus diesen Gründen und aus dem ganzen Sinn und Zweck der Vorschrift, die ein Zusammenwirken der Anklagebehörde und des Gerichtes vorsieht, ist zu entnehmen, daß eine Zustimmung des Nebenklägers, der sich normalerweise aus seiner einseitigen Einstellung heraus kaum je zu ihr bequemen würde, nicht erforderlich ist, und aus denselben Gründen muß deshalb eine Einstellung auch gegen seinen Willen als zulässig gelten. Selbstverständlich wird das Gericht vor seiner Entscheidung die Stellungnahme des Nebenklägers anhören und berücksichtigen, da der Nebenkläger doch gemäß § 395 mit § 374 StPO. der Verletzte bezw. Interessierte ist. Damit dürfte auch ein genügender Schutz des Nebenklägers gegeben sein, da angenommen werden kann, daß Staatsanwalt wie Gericht seine Interessen bei der Entscheidung, besonders im Hinblick auf die Folgen der Tat, in weitgehendstem Maße berücksichtigen werden.

Eine Zweifelsfrage ist fernerhin die, ob § 153 auch für Privatklagesachen gilt.

Für des Privatklageverfahren sagt § 384 StPO.: „Das weitere Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen, welche für das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage gegeben sind". Zu diesen Bestimmungen würde an sich auch § 153 Abs. 3 gehören, so daß danach die Zulässigkeit der Einstellung anzunehmen wäre. Jedoch frägt es sich, ob nicht aus der Natur und dem Zweck des Privatklageverfahrens und der Vorschrift des § 153 die Unanwendbarkeit der letzteren zu folgern ist. Und tatsächlich führt die Erwägung, daß der § 153 zum Zwecke der Milderung des Legalitätsprinzips geschaffen ist, und daß das Privatklageverfahren ebenfalls eine Ausnahme von diesem Prinzip darstellt, zu diesem Schluß.

Der Zweck des § 153 ist nach seiner ganzen Fassung offensichtlich allein auf die von den dazu bestimmten öffentlichen Behörden verfolgten und während des Verfahrens in ihrer Hand verbliebenen Fälle gerichtet. Schon rein der Wortlaut der Vorschrift spricht dafür, daß sie nur in dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage anwendbar ist, denn es wird ausdrücklich in Abs. 2 u. 3 von der „Staatsanwaltschaft" gesprochen. Der Umstand, daß in § 385 Abs. 1 dem Privatkläger die Stellung des Staatsanwalts eingeräumt wird, kann nicht ausschlaggebend sein. Im Gegensatz zu Kiesow ist deshalb m. E. der Ansicht von Löwe-Rosenberg und Schäfer-Hartung beizupflichten, die § 153 für das Privatklageverfahren ausgeschlossen wissen wollen, so daß also in Privatklagefällen eine Einstellung nach § 153 nicht zulässig wäre. Wollte man die Anwendbarkeit von § 153 Abs. 3 bei Privatklagesachen bejahen, so müßte man die Befugnis der Zustimmung zur Einstellung folgerichtig nach § 385 Abs. 1 dem Privatkläger zubilligen. Auch dies entspräche nach den Darlegungen des vorhergehenden Abschnitts nicht dem Sinne und Zwecke der Bestimmung. — Allerdings hat die Frage keine große Bedeutung, da die Privatklage ja in den Tatsacheninstanzen zurücknehmbar ist. (§ 391). —

Anschließend soll auf die Frage eingegangen werden, ob etwa nach erfolgter Einstellung noch seitens des Verletzten mit der Privatklage gegen den Täter vorgegangen werden kann, falls deren Voraussetzungen sonst vorliegen. Die Beantwortung hängt zunächst davon ab, ob ein Verbrauch der Strafklage eingetreten ist. In Literatur und Rechtsprechung herrschen darüber verschiedene Auffassungen. Kiesow, Schäfer-Hartung und Loening stehen auf dem Standpunkt, daß die Strafklage verbraucht, infolgedessen eine Privatklage nicht mehr zulässig sei. Der entgegengesetzten Ansicht sind Löwe-Rosenberg, Menge und das O. L. G. Naumburg (E. v. 28. 1. 25, Jur. Rdsch. 25, Rspr. Nr. 180). Feisenberger unterscheidet zwischen Fällen des § 153 Abs. 3 und des Abs. 2. Im ersteren Falle hindere der Gerichtsbeschluß die Erhebung der Privatklage, im zweiten Falle schließe die Einstellung des von der Staatsanwaltschaft bereits betriebenen Verfahrens oder das Absehen von der Erhebung der Anklage die Erhebung der Privatklage nicht aus (Anm. 1 zu § 376 StPO.).

Der Grundsatz, daß die Strafklage nach einer über die Straftrat ergangenen rechtskräftigen Entscheidung nicht von neuem erhoben werden kann, ist zwar in der Strafprozeßordnung nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber in den Motiven mehrfach anerkannt und wird von dem Schrifttum, das ihn auch aus den Bestimmungen der Strafprozeßordnung selbst begründet (siehe bei Löwe-Rosenberg S. 349), und von der Rechtsprechung allgemein als feststehend behandelt. Der Satz „ne bis in idem" ist für die Strafprozeßordnung in unbestrittener Geltung. Als zur Bewirkung des Verbrauchs der Strafklage geeignet werden auch solche Urteile angesehen, die die Einstellung des Verfahrens oder die Unzulässigkeit der Strafverfolgung aussprechen, ferner auch Beschlüsse, welche die Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens ablehnen. Es kommt darauf an, ob die Entscheidung eine endgültige sachliche Erledigung des Straffalles bezweckt (vgl. hierzu Löwe-Rosenberg S. 349). Eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft bewirkt den Verbrauch der Strafklage nicht.

Danach würde also durch eine Einstellung gemäß § 153 Abs. 1 u. 2. ein Strafklageverbrauch nicht eintreten. — Eine andere Frage ist er aber bei Abs. 3, wo die Einstellung durch einen Gerichtsbeschluß erfolgt. Dieser Beschluß hat doch eine endgültige Erledigung der Sache zum Ziel, zumal er der Anfechtbarkeit ja entzogen ist. Führt er aber auch eine sachliche Erledigung herbei? — Aus der besonderen Natur dieses Beschlusses und seinem Inhalt heraus ist dies zu verneinen. Der Beschluß bringt nämlich nur zum Ausdruck, daß der Fall geringfügig ist und ein öffentliches Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung nicht besteht, weswegen die staatlichen Behörden von einer weiteren Austragung der Sache abgesehen haben. Ein Hauptfaktor dabei ist die Feststellung des Desinterêt des Staates an der Bestrafung des Falles, wovon schließlich das Zustandekommen des Beschlusses abhängig ist. Er bedeutet also einen Verzicht des Staates auf seinen Strafanspruch. Der Inhalt dieses Beschlusses ist in keiner Weise mit den der übrigen eine Sache erledigenden Entscheidungen zu vergleichen. Diese entscheiden, mögen sie auf Verurteilung, Freisprechung, Einstellung, Außerverfolgsetzung usw. lauten, in der

Sache selbst, über die Strafbarkeit der Tat, während der Beschluß nach § 153 Abs. 3 kein sachliches Urteil enthält. Er kann also nach den obigen Grundsätzen keinen Verbrauch der Strafklage bewirken, er läßt vielmehr, indem er nur den Strafanspruch des Staates preisgibt, Raum für die Privatklage gemäß § 374 ff. StPO. — Dies paßt auch durchaus in den Rahmen der Sache, da die Privatklage ja dann in Frage kommt, wenn die Staatsanwaltschaft erklärt hat, daß zur Erhebung der öffentlichen Klage kein öffentliches Interesse ovrliegt (§ 376). Der Privatkläger wird auch nicht im allgemeinen Interesse tätig, sodern wegen der ihm zugefügten Verletzung. Aus diesem Grunde steht die Privatklage auch nicht etwa dem Sinn und Zweck des § 153 entgegen. Nur der durchweg als einziger das Recht und die Pflicht zur Strafverfolgung besitzende Staat begibt sich in Anwendung des § 153 nach dem Satze „minima non curat praetor" eines Teiles seines Rechts. Dafür daß damit auch gleichzeitig die dem verletzten Privatmann in § 374 gegebenen Rechte entzogen werden sollen, besteht keinerlei Anhalt. Sie sollen eben gerade dann in Kraft treten, wenn dem Staate die Straftat nicht „bedeutend" genug erscheint, um sich ihrer anzunehmen.

Einen ähnlichen Standpunkt, wie den dargelegten, nimmt das O. L. G. Naumburg in seiner Entscheidung vom 28. 1. 25 ein. Es führt zu einem Falle, in dem nach der Einstellung gem. § 153 Privatklage wegen Beleidigung erhoben und die Angeklagte verurteilt worden war, worauf die Revision die Verletzung des Grundsatzes „ne bis in idem" rügte, folgendes aus: Die Rüge sei unbegründet. Ein Verbrauch der Strafklage könne nur infolge einer sachlichen Aburteilung eintreten, eine solche sei jedoch nicht erfolgt. Durch die auf Grund des § 153 mit Zustimmung des Staatsanwalts erfolgte Einstellung des Verfahrens sei nur zum Ausdruck gebracht worden, daß, weil die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend seien, ein öffentliches Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung über die der Angeklagten zur Last gelegte Tat nicht bestehe. Durch den Verzicht des Staates auf die Verfolgung s e i n e s Strafanspruchs werde aber, soweit die Straftat auf dem Wege der Privatklage verfolgt werden könne, der Anspruch des Verletzten, die Sache in diesem Verfahren zu verfolgen, ebenso-

wenig berührt, wie wenn die Staatsanwaltschaft auf eine Anzeige wegen Beleidigung die Erhebung der öffentlichen Klage ablehne. Durch die Erstattung der Anzeige allein könne aber der Privatklageanspruch niemals verbraucht werden". — Dieser Begründung kann nach dem oben Gesagten im ganzen beigetreten werden. Nicht richtig ist aber m. E. der Satz, daß „weil die Schuld . . . unbedeutend seien, ein öffentliches Interesse . . . nicht bestehe". Denn das öffentliche Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung ist keineswegs durch die Erheblichkeit von Schuld und Folgen causal bedingt, ist vielmehr davon unabhängig nach ganz anderen Gesichtspunkten zu beurteilen.

Auf demselben Boden bewegt sich die Frage, ob nach der rechtskräftigen Einstellung die Klage wiederaufgenommen werden kann. Hielte man die Strafklage für verbraucht, so wäre die Sache endgültig erledigt und könnte auch auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel nicht mehr aufgenommen werden. Verneint man jedoch den Verbrauch des Strafanspruchs, so kann es sich nunmehr doch noch fragen, ob man nicht trotzdem aus dem Zweck und der Natur der Vorschrift des § 153 und aus ihrem Vergleich mit ähnlichen Bestimmungen zu demselben Schluß kommen muß. Die Kommentatoren stehen, soweit sie diese Frage erwähnen, durchweg auf dem Standkunkt, daß eine Wiederaufnahme der Klage nicht möglich sei. Kiesow, Schäfer-Hartung und Loening begründen ihre Ansicht mit dem Verbrauch der Strafklage, Feisenberger dagegen verneint den Verbrauch der Strafklage und sucht seinen Beweis durch argumentum e contrario aus § 154 Abs. 5 StPO. und § 32 Abs. 4 Jug. G. G. zu führen.

Die eigentümliche Gestaltung des § 153, der zur Entscheidung über die Einstellung eine materielle Prüfung des subjektiven und objektiven Tatbestandes bedingt, im Abs. 2 eine Mitwirkung des Gerichts verlangt und in Abs. 3 sogar die Entscheidung in die Hand des Gerichts legt, ferner der auf eine möglichst schnelle und straflose Erledigung geringfügiger Straftaten gerichtete Zweck des Gesetzes, und endlich die Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit sprechen dafür, daß der Gesetzgeber bei dieser Einstellung jedenfalls ein Wiederaufnehmen der Klage ausschließen wollte. Auch die von Feisenberger ge-

gebene Begründung läßt sich zur Stützung dieser Ansicht anführen: § 154 StPO., der ebenfalls eine Einstellung für gewisse nicht ins Gewicht fallende Straftaten zuläßt, trifft eine ausdrückliche Bestimmung über die Möglichkeit einer Wiederaufnahme, ebenso § 32 Abs. 4 Jug. G. G., der gleichfalls eine Wiederaufnahme für leichte Fälle vorsieht. Daraus läßt sich argumento e contrario schließen, daß der Gesetzgeber, indem er in § 153 eine Wiederaufnahme der Klage nicht erwähnt, sie in diesem Falle nicht zulassen wollte. Eine entsprechende Anwendung des § 211 StPO. erscheint bei der gänzlichen Verschiedenheit der Voraussetzungen nicht angängig.

Schließlich ist die Ablehnung der Wiederaufnahmemöglichkeit auch aus dem Sinne dieser Einstellung herzuleiten. Sie will, wie schon betont, den Strafanspruch des Staates, weil sie die Straftat für unbedeutend hält, preisgeben und zwar, was sich aus der Art, wie das Gesetz die Einstellungmöglichkeiten bei den verschiedenen Arten der Delikte geregelt hat, ergibt, endgültig, um nicht nochmals die Behörden und den Täter mit der Sache zu befassen. Die Einstellung nach § 153 ist auch den sonstigen in der Strafprozeßordnung vorkommenden Fällen der Einstellung, wo eine Wiederaufnahme der Klage zulässig ist, in keiner Weise ähnlich. —

Nicht zweifelsfrei ist fernerhin das Beschwerderecht in § 153 geordnet. § 153 Abs. 3 Satz 2 enthält die Bestimmung, daß der gerichtliche Einstellungsbeschluß nicht angefochten werden kann. Dies ist, da Satz 2 sich ja auf den vorhergehenden Satz bezieht, vernünftigerweise so auszulegen, daß der Einstellungsbeschluß dennoch dann anfechtbar ist, wenn er ohne die Zustimmung der Staatsanwaltschaft ergangen ist, wenn also ein nicht ordnungsmäßig ergangener Beschluß vorliegt. Ebenso muß nach allgemeinen Grundsätzen angenommen werden, daß er auch dann angreifbar ist, wenn er etwa von einem unzuständigen oder unzulässig besetzten Gericht erlassen worden wäre (so auch Feisenberger), weil dann ebenfalls ein unzulässiger Beschluß ergangen wäre.

Ueber das Beschwerderecht des Staatsanwalts, des Beschuldigten, des Anzeigenden und des Verletzten in den Fällen des Abs. 1 u. 2 bestimmt § 153 nichts. Es muß sich dies deshalb

aus den allgemeinen Vorschriften und aus dem besonderen Charakter des § 153 ergeben.

Die Frage, ob der Staatsanwalt gegen die Ablehnung der Zustimmung des Richters zur Einstellung nach Abs. 2 die Beschwerde hat, ist zu bejahen. Dies Recht beruht auf § 304 Abs. 1 StPO. Der ablehnende Bescheid des Amtsrichters ist als „Verfügung" im Sinne des § 304 anzusehen. (vgl. auch L. G. Arnsberg v. 7. 2. 25 in Jur. W. 25 S. 1049). Die Beschwerde geht an die Strafkammer des Landgerichts. In gleicher Weise hat der Beschuldigte ein Beschwerderecht (ebenso Kiesow, Bumke, Schäfer-Hartung, Feisenberger, Dalke). Für eine gegenteilige Ansicht spricht m. E. nichts, und es müssen die allgemeinen Bestimmungen der Strafprozeßordnung, soweit sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen sind, auch hier Anwendung finden.

Gegen die Einstellung nach Abs. 1 oder 2 hat der Angeschuldigte bezw. Beschuldigte keine Beschwerde, da weder § 172 noch § 304 StPO. noch sonst eine Bestimmung ihm ein solches Recht geben. Ein Interesse an einer Anfechtung der Einstellung könnte der Beschuldigte insofern haben, als die Einstellung nach § 153 zur Grundlage hat, daß eine Schuld - wenn auch eine geringe — besteht, während dem Beschuldigten daran liegen kann, durch eine gerichtliche Verhandlung seine gänzliche Unschuld klarstellen zu lassen oder schon vorher unter Beibringung weiteren Materials eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO. herbeizuführen. Weil dieses Interesse des Beschuldigten an der Feststellung, daß er die Tat nicht begangen habe, vorliegt, war es auch für den Fall des Abs. 3 erforderlich, die Beschwerde ausdrücklich zu versagen, weil Stillschweigen als Zulassung hätte ausgelegt werden müssen. Für die Fälle des Abs. 1 u. 2 aber ist eine Ausschließung der Beschwerde nicht geboten, da keine gesetzlichen Grundlagen für eine solche gegeben sind.

Weniger unbedenklich ist die Entscheidung, ob dem Verletzten — d. h. jedem, dessen rechtliche Interessen durch die behauptete strafbare Handlung beeinträchtigt sind - die Beschwerde an das Oberlandesgericht gegen die Zustimmungserklärung des Amtsrichters zur Einstellung nach § 153 Abs. 2 und weiterhin die Beschwerde gegen die Einstellung nach Abs. 1

oder 2 zuzubilligen ist oder nicht. — Die Beschwerde gegen die Zustimmung fände ihre rechtliche Stütze in § 304 Abs. 1 StPO., der die Beschwerde nur soweit als unzulässig bezeichnet, als das Gesetz sie „ausdrücklich" einer Anfechtung entzieht. Eine solche „ausdrückliche", d. h. eine mit Worten ausgedrückte Entziehung der Beschwerde, enthält nun § 153 Abs. 1 u. 2 nicht. Jedoch wird in der Literatur allgemein die Auffassung vertreten, daß die Fassung des § 304 insofern nicht korrekt sei, als er von einer „ausdrücklichen" Ausschließung der Beschwerde spreche, da in mehreren Bestimmungen der Strafprozeßordnung die Beschwerde gegen die betr. Entscheidung stillschweigend, aber deutlich genug ausgeschlossen sei (z. B. §§ 319, 346, 181), und daß demnach die Beschwerde auch dann als ausgeschlossen zu gelten habe, wenn sich die Ausschließung zwingend aus dem Sinne der Vorschrift ergebe (vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 2a zu § 304, Feisenberger Anm. 4 zu § 304).

Dieser Auffassung folgend muß man m. E. auch den § 153 zu diesen Vorschriften rechnen, deren besondere Bedeutung die Beschwerde hier nicht zuläßt. Mit der Bestimmung des § 153 hat der Gesetzgeber, wie schon dargelegt, einen Ausnahmefall schaffen wollen gegenüber dem bis dahin uneingeschränkt geltenden Legalitätsprinzip und der daraus folgenden Strafverfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft bei jedem ihr zur Kenntnis kommenden Delikt. Der Gesetzgeber hat es in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt, ob sie einschreiten will oder nicht, wenn die Voraussetzungen der Geringfügigkeit von Schuld und Folgen gegeben sind. Um aber eine Sicherung gegen mißbräuchliche Anwendung des Opportunitätsprinzips durch die Staatsanwaltschaft als politische Behörde zu schaffen, hat der Gesetzgeber die Nichterhebung der öffentlichen Klage durch die Staatsanwaltschaft bei Vergehen formell abhängig gemacht von der Zustimmungserklärung des Amtsrichters. Hat der Amtsrichter die Voraussetzungen für die Nichterhebung der öffentlichen Klage als erfüllt angesehen und der Staatsanwaltschaft seine Zustimmung erklärt, und hat die Staatsanwaltschaft daraufhin die Einstellung verfügt, so liegt es im Wesen der vom Gesetzgeber gewollten Durchbrechung des Legalitätsprinzips, daß die Staatsanwaltschaft nun zum Einschreiten auf dem Wege über das Rechtsmittel des

§ 304 nicht mehr gezwungen werden kann (vgl. auch Schäfer-Hartung, ferner Mannheim in Jur. W. 24 S. 1647; L. G. Arnsberg v. 7. 2. 25 in Jur. W. 25 S. 1049).

Ein weiterer Grund zur Versagung der Beschwerde in diesem Falle ist die Erwägung, daß eine Nachprüfung der Ermessensentscheidung des Amtsrichters durch das höhere Gericht prozessualen Grundsätzen widerspräche. —

Ob eine Beschwerde des Verletzten gegen eine Einstellung nach Abs. 1 oder 2 zulässig ist, hängt davon ab, ob man die Anwendungsmöglichkeit des § 172 StPO. in diesem Falle bejaht oder verneint. Die Frage muß m. E. ebenso, wie bei § 304 verneint werden. Denn auch hierfür gilt, daß der Zweck dieses Antragsrechts, die Durchführung des Legalitätsprinzips zu sichern, hier ja ausgeschaltet werden soll. Ferner spricht besonders der Umstand gegen die Zulässigkeit der Beschwerde, daß eine auf Grund des § 172 erfolgende Nachprüfung einer in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellten Entscheidung durch das Gericht nicht angängig wäre. Andererseits wäre auch die vorgesetzte staatsanwaltschaftliche Behörde bei Einstellung nach Abs. 2 in die Lage versetzt, evtl. entgegen der richterlichen Zustimmung zu entscheiden, woraus sich ebenfalls die Unanwendbarkeit des § 172 ergibt (so auch Weimann in Jur. W. 24 S. 1702, Mannheim we oben, O. L. G. Köln in Höchst R. R. 1925 S. 21)..

Anderer Ansicht ist Feisenberger (Anm. 5 zu § 172), der gerade zum Zwecke der Wahrung des Legalitätsprinzips besonders die Fälle im Rechtswege nachzuprüfen für erforderlich hält, in welchem dem Staatsanwalt die Befugnis eingeräumt wird, unter bestimmten Voraussetzungen von dem Legalitätsprinzip abzuweichen. Jedoch soll diese Nachprüfung nur soweit zulässig sein, als es sich um Nachprüfung bestimmter gesetzlicher tatsächlicher Voraussetzungen handle, nicht aber soweit ohne solche das reine Zweckmäßigkeitsermessen der Staatsanwaltschaft entscheiden dürfe. Deshalb scheide bei § 153 Abs. 1 u. 2 die Nachprüfung der Frage aus, ob ein öffentliches Interesse an der Erhebung der Anklage bestehe, dagegen sei im übrigen für Abs. 1 sowie für Abs. 2 eine Nachprüfung zulässig.

Diese Lösung ist m. E. praktisch wertlos und undurchführbar, da nicht zu ersehen ist, wie die Entscheidung der

Staatsanwaltschaft revidiert werden soll, wenn nur ein Teil ihrer Gründe nachgeprüft werden darf. Denn es kann ja gar nicht festgestellt werden, ob und inwieweit die Entscheidung der Staatsanwaltschaft auf der Bejahung oder Verneinung eines öffentlichen Interesses beruht. Somit wäre auch die ganze übrige Nachprüfung zwecklos. Außerdem erscheint die oben angeführte Begründung für die gegenteilige Ansicht stichhaltiger und sinngemäßer. —

Es bleibt dem Verletzten demnach nur die Aufsichtsbeschwerde. In der Praxis wird es richtigerweise so zu handhaben sein, daß dem Verletzten vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Frage der Einstellung gegeben wird, insbesondere dazu, ob die Folgen der Tat unbedeutend sind. Vor allem werden Behörden, deren Interessenkreis durch die Straftat berührt wird, stets vor der Einstellung oder der Zustimmung zur Einstellung zu hören sein (z. B. Finanzamt). —

Es ist nun weiterhin noch zu erörtern, ob § 153 auch für das Gebiet des Strafrechts anwendbar ist, das außerhalb des Strafgesetzbuchs und der Strafprozeßordnung eine besondere Regelung gefunden hat. Es kommt da das Militär- und das Jugendstrafrecht in Betracht. Was zunächst das erstere angeht, so befindet sich darüber in § 436 eine ausdrückliche Vorschrift. Danach sind bei militärischen Vergehen (§ 1 MStGB.) die Vorschriften des § 153 Abs. 2 u. 3 außer Anwendung gesetzt. Der Grund dafür ist wohl in der Eigenart der militärischen Strafrechtsmaterie zu suchen, die für wichtigere Delikte auch aus Gründen der Disziplin eine straffere Handhabung der Strafgewalt fordert. Für das militärische Verfahren bei nicht militärischen Vergehen — die aber von Militärpersonen als Tätern begangen worden sind — ist dagegen eine dem § 153 Abs. 2 u. 3 entsprechende Regelung getroffen in dem Reichsgesetz vom 22. II. 1926 (RG. Bl. 104).

Ob § 153 für das Jugendstrafrecht gilt, hängt von dem Verhältnis ab, in dem § 32 JugGG., der besonders leichte Fälle für Jugendliche betrifft, zu § 153 steht. Die Frage hat übrigens praktische Bedeutung nur für Uebertretungen. Die beiden Bestimmungen unterscheiden sich von einander im Wesentlichen dadurch, daß die Staatsanwaltschaft nach § 32 Abs. 2 Satz 1 JGG.

nur mit Zustimmung des Jugendrichters von Strafe absehen darf. Andere Abweichungen bestehen noch darin, daß, wenn nach JGG. auf Grund Beschlusses mit Zustimmung des Staatsanwalts nach Klageerhebung das Verfahren eingestellt ist, zwar der Staatsanwalt keine Rechtsmittel hat, wohl aber der Beschuldigte und der Antragsteller, der zugleich der Verletzte ist, die sofortige Beschwerde haben (§ 32 Abs. 3 Satz 2). Nach § 153 Abs. 3 ist dagegen der Einstellungsbeschluß unanfechtbar. Ferner kann nach § 32 Abs. 4 trotz eines nicht anfechtbaren Einstellungsbeschlusses auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel die Klage von neuem erhoben werden, was für § 153, wie früher dargelegt, nicht gilt. —

Bei der Beantwortung der gestellten Frage spielen die beiden Sätze: „lex specialis (JugGG.) derogat legi generali (StPO.)“ und „lex posterior (§ 153 StPO.) derogat legi priori (JugGG.)“ eine Rolle. Das Jugendgerichtsgesetz, das sowohl materielle wie formelle Sondervorschriften für Jugendliche enthält und in § 18 bestimmt, daß die StPO. nur insoweit anwendbar ist, als das JugGG. nicht Abweichendes enthält, stellt sich als lex specialis gegenüber der Strafprozeßordnung dar. Andererseits ist der § 153 StPO. erst später als das JugGG. v. 16. 2. 23 Gesetz geworden. Es kann also immerhin zweifelhaft sein, ob nicht § 153 als das jüngere Gesetz dem § 32 JugGG. vorgeht. Dieser Ansicht sind Schäfer-Hartung, während alle übrigen Schriftsteller (Feisenberger, Löwe-Rosenberg, Kiesow, Bumke, Loening, Francke, JGG. zu § 32, Müller in Recht 1924 S. 392) den Standpunkt vertreten, daß § 153 zurücktreten müsse. Dem ist m. E. zu folgen. Der Satz, daß das jüngere Gesetz dem älteren vorgehe, kann nicht gegenüber einem Sondergesetz gelten, es sei denn, daß es ausdrücklich bestimmt ist oder daß besondere Umstände für die Aufhebung der Sonderbestimmung sprechen. Letzteres ist aber aus § 153 nicht zu entnehmen. Im Gegenteil spricht der Zweck und die besondere Gestaltung des Verfahrens gegen Jugendliche dafür, daß § 32 auch weiterhin als Sondervorschrift neben § 153 bestehen sollte. Die Bestimmung des § 32 JGG., wonach der Staatsanwalt bei Uebertretungen nur mit Zustimmung des Jugendrichters von der Anklage absehen darf, beruht auf dem das Verfahren gegen Jugendliche beherrschenden Gedanken, daß vor

allem erzieherische Gesichtspunkte bei der Behandlung straffälliger Jugendlicher zu beachten sind, und daß solche Entscheidungen in der Regel in den Händen des Jugendrichters liegen sollen.

Es ist nicht nur, wie in § 153, eine allgemein kriminalpolitische und Billigkeitsfrage, ob von der Anklage abzusehen sei, sondern im Sinne des § 32 ist es sehr wichtig, welche erzieherische Wirkung die Erhebung der Anklage oder das Absehen von ihr auf den Jugendlichen haben wird, und dies zu beurteilen obliegt dem Jugendrichter, und zwar auch bei Uebertretungen. Auch Uebertretungen Jugendlicher können die Anordnung von Erziehungsmaßnahmen, etwa die — nur im Strafverfahren zulässige — Auferlegung besonderer Verpflichtungen (JGG. § 7 Abs. 1 Nr. 3) erforderlich erscheinen lassen. Aus diesem Grunde wäre es bedenklich, das Strafverfahren gemäß § 153 Abs. 1 ohne Mitwirkung des Jugendrichters zum Abschluß zu bringen. Hierin liegt keine Benachteiligung des Jugendlichen gegenüber erwachsenen Tätern, denn die Beachtung des erzieherischen Moments ist nach der Absicht des JGG. stets ein Vorteil des Jugendlichen. Es muß aus diesen Gründen angenommen werden, daß § 32 JGG. durch § 153 StPO. nicht berührt wird. —

Zum Schluß ist noch kurz die Frage zu berühren, wer bei der Einstellung nach § 153 die Kosten zu tragen hat. Die Kosten der Einstellung nach Abs. 1 oder 2 fallen, wie bei jeder vor Erhebung der öffentlichen Klage ergehenden einstellenden Verfügung der Staatsanwaltschaft ohne weiteres der Staatskasse zur Last. Einer besonderen Bestimmung über die Kostentragung nach § 464 StPO. bedarf es nicht, da unter „einstellender Entscheidung" nur die das gerichtliche Verfahren zum Abschluß bringende prozessuale Maßnahme zu verstehen ist. (vgl. Feisenberger Anm. 1 zu § 464). Bezüglich der Kostenfrage bei der Einstellung nach Abs. 3 frägt es sich, ob § 467 StPO. anwendbar ist, wonach die einem „freigesprochenen oder außer Verfolgung gesetzten Angeschuldigten" erwachsenen Kosten der Staatskasse aufzuerlegen sind. Zwar wird hier der Angeschuldigte bezw. Angeklagte weder freigesprochen noch im technischen Sinne außer Verfolgung gesetzt, jedoch muß dem Sinne der Vorschrift nach die Bedeutung dieser beiden Ausdrücke dahin erweiternd

ausgelegt werden, daß damit jede Entscheidung gemeint ist, durch die der Täter, ohne zu Strafe verurteilt zu sein, aus dem Verfahren hervorgeht. Daß die Bestimmung des § 467 deshalb auch bei der Einstellung gelte, hat das Reichsgericht in E. 20, 118 für die damals bekannten Fälle der Einstellung bereits entschieden (vgl. auch Löwe, Feisenberger zu § 467). Es besteht aber keinerlei Bedenken, sie auch auf den Fall des § 153 auszudehnen.

Eine weitere Frage ist es, wer die Kosten trägt, wenn in der Berufungsinstanz das Verfahren mit Zustimmung des Staatsanwalts eingestellt wird. Es ist dies insofern zweifelhaft, als in diesem Falle ja der Angeklagte in erster Instanz nicht zu Unrecht verurteilt worden war — der Vorderrichter hatte nur von der seinem Ermessen überlassenen Einstellungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht oder der Staatsanwalt hatte die in seinem Ermessen liegende Zustimmung nicht gegeben — und das Berufungsgericht stellt ja auch nicht fest, daß das erste Urteil aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unrichtig sei, sondern es übt einfach als Tatsacheninstanz seine Befugnis nach Abs. 3 aus. — Es liegt nahe zu entscheiden, daß die Kosten der ersten Instanz, in der ja der Täter an sich zu Recht verurteilt worden ist, der Angeklagte zu tragen habe (§ 465), während die Kosten der Berufung nach § 467 der Staatskasse zur Last gelegt werden müßten. Es frägt sich aber, ob die Entscheidung für diesen Fall nicht aus § 473 StPO. herzuleiten ist, wonach dann, wenn das Rechtsmittel „Erfolg" hatte, die Kosten des ganzen Verfahrens die Staatskasse treffen. (R. G. in Gruch. Arch. 63, 336). Dafür ist die Entscheidung ausschlaggebend, ob man die in der 2. Instanz erfolgte Einstellung als „Erfolg des Rechtsmittels" bezeichenen kann. Als „Erfolg" wird die Wirkung eines Rechtsmittels anzusehen sein, daß das verurteilende Erkenntnis zu Gunsten des Beschwerdeführers aufgehoben oder abgeändert wird. Sehr bedenklich ist es, diese Definition auf den vorliegenden Fall für zutreffend zu erachten, weil zwar gesagt werden kann, daß die Einstellung infolge der Einlegung des Rechtsmittels erfolgt sei, nicht aber, daß das Rechtsmittel aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen eine Aufhebung des 1. Urteils zur Folge hatte, wie dies bei allen anderen erfolgreichen Rechtsmitteln der Fall

ist. Trotzdem wird man hier in der Auslegung weit gehen müssen, indem man sich auf den Standpunkt stellt, daß tatsächlich durch die Einlegung des Rechtsmittels eine Aufhebung des ersten Urteils erreicht worden ist — mag auch der Beschwerdeführer an sich kein Recht darauf gehabt haben —, und deshalb die Kosten des ganzen Verfahrens der Staatskasse zur Last legen. Dies ist auch die Praxis der Gerichte. Um aber dieser an sich unberechtigten Belastung für die Staatskasse zu entgehen, hat die Justizverwaltung zu einem andern Mittel gegriffen: Die Staatsanwaltschaft ist durch interne Verfügung angewiesen, nur dann ihre Zustimmung zur Einstellung in der Berufungsinstanz zu geben, wenn sich der Angeklagte zu gerichtlichem Protokoll zur Tragung der Gerichtskosten verpflichtet.

V. Interessant und lehrreich ist der Vergleich mit den entsprechenden Vorschriften anderer, unserem Rechtsempfinden nahestehender Länder hinsichtlich der Behandlung besonders leichter Fälle.

Der von der Oesterreichischen Bundesregierung im Jahre 1927 vorgelegte Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches regelt in § 76 die besonders leichten Fälle. § 76 hat denselben Wortlaut, den nun auch der deutsche Entwurf 1927 angenommen hat, so daß auch hierin eine völlige Rechtsangleichung zwischen den beiden Staaten erzielt ist.

1. Der neue Strafrechtsentwurf des Schweizerischen Bundes von 1913 enthält zwar keine Bestimmung, die den Ausdruck „besonders leichte Fälle" verwendet, hat jedoch unter der Ueberschrift „Das Strafmaß" in Art. 61 und 63 Vorschriften gebracht, die offensichtlich auch auf solche Fälle zugeschnitten sein sollen. Allerdings ist der Richter durch kasuistische Aufzählung der Milderungsgründe in seinem Ermessen ziemlich beschränkt. Art. 61 führt mildernde Umstände auf, deren Vorhandensein dem Richter die Befugnis gibt, die Strafe in den in Art. 62 festgesetzten Grenzen zu mildern. Als „mildernde Umstände" werden eine bestimmte Anzahl genannt und zwar sind solche u. a.: achtungswerte Beweggründe der Tat, Begehung der Tat in schwerer Bedrängnis, unter dem Eindruck einer schweren Drohung, auf Veranlassung einer Person, der der Täter Gehorsam schuldig oder von der er abhängig ist, Begehung aus Zorn oder großem

Schmerz über eine ungerechte Beleidigung oder Kränkung, Betätigung aufrichtiger Reue, namentlich Wiedergutmachung des Schadens — also im Wesentlichen ähnliche Umstände, wie sie der deutsche Richter bei der Beurteilung der Erheblichkeit von Schuld und Folgen der Tat zu berücksichtigen hat. Art. 63 verleiht dem Richter eine weitere Milderungsmöglichkeit nach freiem Ermessen und lautet: „Ermächtigt das Gesetz den Richter, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist er an die Strafart und das Strafmaß, die für das Vergehen angedroht sind, nicht gebunden. Der Richter ist aber an das gesetzliche Mindestmaß der Strafart gebunden". Eine solche außerordentliche Milderung läßt das Gesetz aber nur in 4 Fällen zu, nämlich bei verminderter Zurechnungsfähigkeit (Art. 11), bei untauglichem Versuch (Art. 20), bei Rücktritt und tätiger Reue (Art. 21) und bei Notstand (Art. 33).

Im besonderen Teile sind nur ganz wenige Tatbestände als besonders leichte Fälle bezeichnet. Straffreiheit gibt es nur in einem Falle, bei der Begünstigung eines andern, mit dem der Täter in so nahen Beziehungen steht, daß sein Verhalten entschuldbar ist (Art. 269).

Diese Regelung des Schweizer Entwurfs weist als Verschiedenheit zu der deutschen zunächst den Umstand auf, daß die Abscheidung zwischen „mildernden Umständen" und „besonders leichten Fällen" nicht so scharf ist, Im übrigen hält der Entwurf offenbar die Fassung der „mildernden Umstände" und die in Art. 63 gegebene besondere Milderungsbefugnis für die wenigen Sonderfälle für ausreichend und weitgehend genug, um auch nach Anlaß und inneren Beweggründen sehr mild gelagerten Fällen gerecht zu werden. Ob dies allerdings zutreffend ist, mag zweifelhaft erscheinen. Denn die nicht ausdehnbare Aufzählung bestimmter Strafmilderungsgründe läßt dem Ermessen des Richters nicht einmal soviel Spielraum, wie ihn der deutsche Richter bei der Annahme mildernder Umstände hat, jedenfalls hat der schweizerische Richter nicht die Ermessensfreiheit und Milderungsbefugnis, die dem deutschen Richter durch die Vorschriften über die „besonders leichten Fälle" gegeben sind. Auch bei den wenigen Fällen der besonderen Milderung ist er an bestimmte Tatbestände gebunden. Allerdings ist die Strafmilde-

rung nach Art. 61 auch bei allen Arten von Delikten zulässig, wobei aber immer die Strafbemessung nach unten auf die in Art. 62 u. 63 Abs. 2 vorgeschriebenen Mindestmaße beschränkt ist.

2. Der Tschechoslowakische Vorentwurf von 1926 kennt einmal eine „Herabsetzung des Strafsatzes" nach § 76 und § 77 Allgem. Teil, wonach der Strafsatz herabgesetzt werden kann bei verminderter Zurechnungsfähigkeit, außergewöhnlicher Versuchung, außergewöhnlichem Druck oder einem unvorhergesehenen außergewöhnlichen und entschuldbaren Geisteszustand, und eine „Strafumwandlung" von Gefängnisstrafe in Geldstrafe bei „besonderen Umständen" (§ 78) — Bestimmungen, die etwa unseren Vorschriften bei „mildernden Umständen" entsprechen —, außerdem aber noch eine „außerordentliche Strafmilderung" (§ 79). § 79 lautet: „Unter außerordentlicher Strafmilderung wird die Herabsetzung des Strafsatzes bis um 2 Stufen verstanden. An Stelle der niedrigsten Stufe des Gefängnisses erkennt das Gericht auf eine Geldstrafe oder sieht von der Bestrafung ab. An Stelle einer Geldstrafe sieht es von der Bestrafung ab." Dieses außerordentliche Milderungsrecht hat der Richter in mehreren Tatbeständen des Besonderen Teils dann, wenn gewisse besondere Umstände vorliegen, die bei jeder dieser Vorschriften angeführt sind. Das Recht ist gegeben bei Begünstigung eines Militärverbrechers (§ 159), wenn es sich um eine nahestehende Person handelt, bei den Delikten der §§ 186 bis 190 (Täuschung eines Organes der öffentlichen Macht, falsches Zeugnis, Erbieten zu einem falschen Zeugnis, Meineid, falsche Anschuldigung) nach § 191, wenn zum Schutze seiner selbst oder einer nahestehenden Person begangen. Ferner hat das Gericht in diesen Fällen dies Recht auch bei solchen Voraussetzungen, die dem Rücktritt und der tätigen Reue unseres Strafgesetzbuchs gleichen. Die weiteren Delikte, bei denen eine außerordentliche Strafmilderung zulässig ist, sind Begünstigung (§ 199), wenn es sich um eine nahestehende Person handelt; Nichtanzeige einer strafbaren Handlung (§ 213), wenn der Schuldige freiwillig und nicht deshalb, weil seine Tat entdeckt wurde, die Wahrheit angibt, bevor aus der Tat ein gewichtiger Schaden entstanden ist, oder zu einer Zeit, da noch weiterer gewichtiger Schaden dadurch ver-

hütet werden kann; Totschlag (§ 271) bei absichtlicher Tötung aus Mitleid, zur Befreiung von unheilbarer, qualvoller Krankheit bei unabwendbarem Tod — hier kann auch von Strafe abgesehen werden —; die gemeingefährlichen strafbaren Handlungen der §§ 291 bis 295 bei freiwilliger Abwendung des Schadens (§ 296). Schließlich gibt es noch einen Fall im Allgemeinen Teil, der dem Richter das Recht der außerordentlichen Strafmilderung und das Recht, von Strafe abzusehen, verleiht, nämlich gemäß § 20 bei Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Tat, wenn dieser Irrtum durch besondere Umstände entschuldbar und die Tat nicht mit einer längeren als 5jährigen Strafe bedroht ist.

Aus dieser Regelung des tschechoslowakischen Strafgesetzentwurfs geht hervor, daß der Entwurf wohl besonders leichte Fälle anerkennt, die eine außerordentliche Strafmilderung, ja Straflosigkeit verdienen. Jedoch sind diese Fälle äußerst beschränkt. Ferner aber ist auch die Entscheidung, wann ein solcher Strafmilderungsfall vorliegt, jedesmal an ganz bestimmte Tatsachen gebunden, die keinerlei Ermessen zulassen. Diese Tatsachen stellen auch weniger solche Umstände dar, wie sie nach dem deutschen Entwurf geeignet sind, den Fall als besonders leicht erscheinen zu lassen, sondern entsprechen mehr den in den §§ 46, 59, 157, 158, 163 Abs. 2 des geltenden Strafrechts als strafmildernd bezeichneten Umständen.

Es bestehen also grundsätzliche Unterschiede zu der vom deutschen Entwurf vorgeschlagenen Regelung, vor allem findet das Institut der besonders leichten Fälle im tschechoslowakischen Entwurf nicht die Ausdehnung und allgemeine Anerkennung wie im deutschen. Doch ist m. E. die deutsche Lösung als großzügigere, zweckdienlichere und fortschrittlichere vorzuziehen.

C. Die Arbeit hofft, das zunächst vielleicht von geringerer Wichtigkeit und von beschränktem Interesse scheinende Problem beleuchtet und gezeigt zu haben, daß auch dabei gesetzgeberische und praktische Schwierigkeiten auftreten bezw. aufgetreten sind, die Beachtung verdienen. Im Ganzen scheint die deutsche Gesetzgebung hinsichtlich der „besonders leichten Fälle" auf dem richtigen Wege zu sein, und die Rechtsprechung wird das ihrige dazu beitragen, befriedigende praktische Ergebnisse herbeizu-

führen. Wünschenswert wäre es, wenn bei der Beratung des Strafgesetzentwurfs auch gleichzeitig ein Ausgleich zwischen den Vorschriften des § 76 Entwurfs und § 153 StPO. geschaffen würde, ferner wäre es vielleicht angebracht, wenn der Gesetzgeber durch Einfügung einer entsprechenden Bestimmung dem Streit der Meinungen über manche nicht ausdrücklich geregelte Punkte, z. B. betr. Zulässigkeit der Wiederaufnahme der Klage, ein Ende bereitete.

Dem Rechtszustand unserem Rechtsempfinden näherstehender ausländischer Staaten sind die deutschen bestehenden und zukünftigen Bestimmungen über die „besonders leichten Fälle“ zum mindesten ebenbürtig.

Lebenslauf.

Am 17. Dezember 1899 wurde ich, Reginald Volmer, als Sohn des kaiserlichen Notars, jetzigen Oberregierungsrats Dr. Karl Volmer und seiner Gemahlin Nora geb. Heid, beide kath. Religion, in Kestenholz im Elsaß geboren. Ich besuchte das humanistische Gymnasium zu Schlettstadt und trat im Mai 1917 nach Erlangung der Oberprima-Reife freiwillig beim Feldartillerie Regiment Nr. 51 in Straßburg ein. Im Felde zum Offizier befördert und am 2. November 1918 verwundet, war ich noch bis März 1920 beim Heere, nahm dann meinen Abschied und studierte vom S. S. 1920 — W. S. 1922/23 in Bonn Jurisprudenz. Im Juli 1923 bestand ich das Referendar-, am 16. Dez. 1926 das Assessorexamen. Am 14. Dez. 1928 machte ich in Bonn mit Erfolg die mündliche Promotionsprüfung. Das Thema der Abhandlung war mir von Herrn Geheimrat Prof. Dr. Landsberg gestellt worden, nach dessen Tode übernahm Herr Prof. Dr. Graf zu Dohna liebenswürdigerweise das Referat.